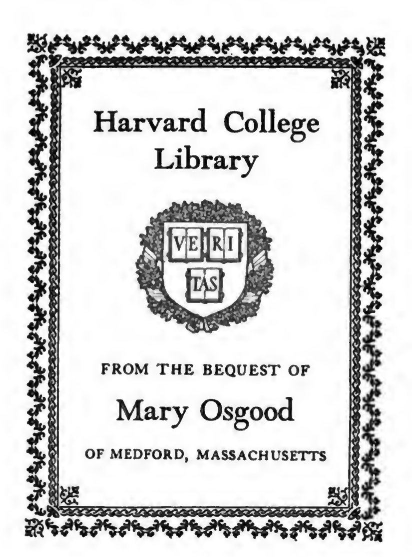
Festgabe der Kieler


Harvard College
Library
VE RI
TAS
FROM THE BEQUEST OF
Mary Osgood
OF MEDFORD, MASSACHUSETTS



KIELER FESTGABE

FÜR

RUDOLF v. JHERING.

Anal.

FESTGABE

DER KIELER JURISTEN-FAKULTÄT

ZU

RUDOLF v. JHERINGS

FÜNFZIGJÄHRIGEM DOKTOR-JUBILÄUM

AM VI. AUGUST MDCCCXCII.

ABHANDLUNGEN

VON

MAX PAPPENHEIM, THEODOR KIPP, ADOLPH FRANTZ,
SIEGMUND SCHLOSSMANN.

KIEL UND LEIPZIG.
VERLAG VON LIPSIUS & TISCHER.
1892.

Hochverehrter Herr Geheimrath!

Den Tag, an welchem sich fünfzig Jahre vollenden, seitdem Sie die Würde eines Doktors der Rechte erlangt haben, feiert mit Ihnen die gesammte deutsche Rechtswissenschaft als einen hohen Ehrentag. Denn die Feier gilt einem Manne, dessen Name für alle Zeiten in der Geschichte deutschen Geistes und deutscher Wissenschaft unter den besten einen hervorragenden Platz einnehmen wird.

Den Kampf ums Recht, zu dem Sie in edler Begeisterung und mit hinreissender Beredsamkeit aufgerufen haben, ihn haben Sie selbst in Forschung und Lehre durch mehr als ein halbes Jahrhundert rastlos und ruhmreich geführt.

Den tiefsten Problemen der geschichtlichen Entwickelung des Rechts mit gleich genialem Blicke nachgehend wie den brennenden Fragen der Gegenwart, wussten Sie jede Betrachtung auch der unscheinbarsten Einzelheit

in den Dienst des höchsten Zieles der Rechtswissenschaft, der Erforschung des Geistes und der innersten Natur des Rechtes zu stellen. Sie lehrten das Recht als die aus praktischen Zweckgedanken geborene Lebensordnung betrachten, welche dem Ideal der Gerechtigkeit nach dem Masse der Einsicht und Kraft jedes Volkes und jeder Zeit zustrebt, zugleich aber als das feine Kunstwerk, welches durch Formenschönheit und sinnvolles Ineinandergreifen der Theile anzieht. Mit geistesverwandtem Verständniss haben Sie gezeigt, wie unsere römischen Meister in vielhundertjährigem Ringen und Mühen den Wunderbau ihres Rechtes aufgeführt haben, dessen Mängeln und Schwächen freilich Sie mit ebenso rückhaltsloser Kritik gegenübertraten, wie Sie seine Vorzüge und Schönheiten an den Tag zu legen verstanden.

So haben Ihre umfassenden Werke nicht bloss durch die Fülle und den Werth ihrer unmittelbaren Ergebnisse, sondern mehr noch durch die hohen und weiten Gesichtspunkte, welche sie eröffnen, durch die neuen Bahnen, welche sie der Forschung weisen, durch die Macht, mit welcher sie die in ihnen glühende Liebe zur Sache des Rechts auch im Herzen der Leser entflammen, sich wahrhaft unvergängliche Verdienste erworben.

Begeisterung für das Recht, Liebe zu dem erwählten Beruf haben Sie ungezählten Schülern eingepflanzt, die

nicht bloss aus dem deutschen Vaterlande, sondern aus allen Theilen der gebildeten Welt sich um Sie schaarten, und die heute in inniger Dankbarkeit zu ihrem Lehrmeister aufschauen, in Erinnerung an die Stunden, da sie Ihrem fesselnden Worte lauschen durften und, wie Sie selbst es als Ihr schönstes Ziel bezeichnet haben, innerlich für die Jurisprudenz gewonnen wurden, ebensowohl durch die unwiderstehliche Kraft Ihrer tiefen und doch dem Verständniss des Schülers erreichbaren Vorträge, wie durch die unvergleichliche Weise, auf welche Sie in Ihrem Pandektenpraktikum in die lebensvolle Thätigkeit des Rechtes einzuführen wussten. Und weit über den Kreis Ihrer unmittelbaren Schüler hinaus erstreckten Sie diese Ihre Wirksamkeit durch Ihre Lehrschriften, vor allem durch die Schätze, welche Sie in Ihrer Jurisprudenz des täglichen Lebens gesammelt haben.

Mit einem besonderen Rechte, hochverehrter Herr Jubilar, dürfen wir, die juristische Fakultät zu Kiel, an Ihrer heutigen Feier herzlichen Antheil nehmen. Haben Sie doch einst selbst — in den Jahren 1849 bis 1852 — unserer Fakultät angehört! Wohl ist keiner unter uns, der schon damals an unserer Hochschule gewirkt hätte. Aber kraft der Kontinuität unserer Körperschaft dürfen wir dennoch Sie mit Stolz unsern Kollegen nennen und Ihnen mit der gegenwärtigen Festschrift unsere ehrer-

bietigsten und herzlichsten Glückwünsche als diejenigen einer Fakultät darbringen, welche sich rühmen darf, Rudolf v. Jhering zu ihren Mitgliedern zu zählen.

Mögen Ihnen, hochverehrter Herr Kollege, das ist unser innigster Wunsch, noch lange Jahre kraftvollen Schaffens und ungetrübter Freude an den Errungenschaften Ihres Lebens beschieden sein!

Die juristische Fakultät
der
Christian-Albrechts-Universität.

A. Hänel. S. Schlossmann. A. v. Kries. M. Pappenheim.
Th. Kipp, d. Z. Dekan. **A. Frantz. R. v. Hippel.**

DIE SCHWEDISCHEN GESETZ-ENTWÜRFE

VOM

JAHRE 1890

BETREFFEND DAS GESELLSCHAFTSRECHT.

VON

MAX PAPPENHEIM.

I.

Im Zusammenhange mit der umfassenden Gesetzesrevision, welche in Schweden seit längerer Zeit in stetiger und erfolgreicher Arbeit vor sich geht, ist auch die Neugestaltung des Gesellschaftsrechts bereits wiederholt in Angriff genommen worden. Zu einer gesetzlichen Regelung der Materie haben die bisherigen Versuche[1]) nicht geführt. Sie wäre um so erwünschter, als eben auf diesem Gebiete die gesetzlichen Vorschriften des schwedischen Rechts einerseits besonders dürftig, andererseits vielfach veraltet sind. Es ist daher als sehr erfreulich zu bezeichnen, dass die unterbrochene Thätigkeit wieder aufgenommen worden ist. Dies geschah[2]) durch eine königliche Verordnung vom 30. Dezember 1885, welche eine Kommission damit beauftragte, „Vorschläge auszuarbeiten zu Gesetzen betreffend solidarische Gesellschaften und Aktiengesellschaften nebst den mit diesen verwandten Vereinen für wirthschaftliche Thätigkeit“[3]). Unter dem 30. Juni 1890 hat diese Kommission[4]) die von ihr verfassten Entwürfe nebst Motiven vorgelegt, denen überdies eine von dem ihr beigeordneten Docenten (jetzt Professor) Hammarskjöld verfasste, sorgfältige Übersicht über das ausländische Recht der Gesellschaften und Wirthschafts-

[1]) Vgl. über sie den vorliegenden Entwurf Bilaga S. 89 ff.

[2]) Das Folgende nach dem unserm Entwurfe vorangehenden Berichte der Kommission.

[3]) D. h. Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften s. unten S. 11.

[4]) Sie hatte das Missgeschick, im Laufe der wenigen Jahre ihrer Wirksamkeit fast sämmtliche Mitglieder zu verlieren, aus denen sie ursprünglich bestand. Zur Zeit der Veröffentlichung der Entwürfe gehörten ihr an die Herren Regierungspräsident (landshöfding) C. A. Sjöcrona, Bankdirektor John Philipson, Grosskaufmann Otto M. Höglund, Reichsanwalt (revisionssekreterare) und Ministerialdirektor Th. Wijkander und Stadtgerichtsrath Hermann Billing. Als Sekretär der Kommission fungirte der Docent Knut Hjalmar Leonard Hammarskjöld.

genossenschaften sowie über deren geschichtliche Entwicklung in Schweden beigegeben ist [1]).

Die vorliegenden Gesetzentwürfe — zehn an der Zahl — zerfallen in zwei Gruppen. Die erste und wichtigere besteht aus vier Entwürfen, welche der selbständigen Regelung der einzelnen Gesellschaftsarten gewidmet sind. Die zweite umfasst sechs Entwürfe zu Gesetzen, welche einzelne — zum Theil recht bedeutsame — Änderungen auf verschiedenen Gebieten des geltenden Rechts herbeiführen sollen, die durch die Neuordnung der Materie nothwendig geworden sind. Die folgende Besprechung wird sich an die erste Gruppe anschliessen und nur, wo dies erforderlich, auf die einzelnen Theile der zweiten Bezug nehmen.

Die erste Gruppe nun umfasst Entwürfe zu Gesetzen 1. betreffend schlichte Gesellschaften und Handelsgesellschaften (lag om enkla bolag och handelsbolag), 2. betreffend Aktiengesellschaften (lag om aktiebolag), 3. betreffend Wirthschaftsgenossenschaften (lag om föreningar för ekonomisk verksamhet), 4. betreffend Aktiengesellschaften, welche Versicherungsgeschäfte betreiben (lag om aktiebolag, som drifva försäkringsrörelse). Dieser letzte Entwurf trifft für einen Theil der vom zweiten geregelten Aktiengesellschaften noch einige besondere Bestimmungen. Es handelt sich im Wesentlichen nur um die Erhaltung des Konzessionssystems für Versicherungsaktiengesellschaften, und es hätten die bezüglichen Vorschriften ohne Mühe in den allgemeinen Aktiengesetzentwurf an geeigneter Stelle aufgenommen werden können. Sehen wir demnach von den Versicherungsaktiengesellschaften ab, so sind es vier Arten von Gesellschaften, auf welche sich die Entwürfe beziehen: schlichte Gesellschaften, Handelsgesellschaften, Aktiengesellschaften und Wirthschaftsgenossenschaften. Hier fällt zunächst der Umstand ins Auge, dass die Gesetzgebung an eine gemeinsame Regelung der civilrechtlichen — sie sind als schlichte bezeichnet [2]) — und der

---

[1]) Veröffentlicht unter dem Titel: Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m. m., afgifna af den dertill i nåder utsedda Komité. Stockholm, tryckt hos K. L. Beckman, 1890.

[2]) Die Motive S. 75 verweisen auf die Ausdrücke „einfache Gesellschaft" im Schweizerischen BG. üb. das Obligationenrecht und „gemeine Gesellschaft" im Dresdener Entwurf.

handelsrechtlichen Gesellschaften herangetreten ist. Dies erklärt und rechtfertigt sich dadurch, dass dem schwedischen Rechte die Trennung des allgemeinen Privatrechts und des Handelsrechts in der Gesetzgebung fremd ist (vgl. Mot. S. 75). Weiterhin ist die Gegenüberstellung von Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften zu bemerken, deren eigentliche Bedeutung, insoweit sie über diejenige einer blos terminologischen hinausgeht, erst im weiteren Verlaufe der Betrachtung dargelegt werden kann. Als Handelsgesellschaften aber erscheinen nur die der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft des deutschen HGB's. entsprechenden Formen. Die Aktienkommanditgesellschaft ist — und zwar wesentlich, weil es an einem praktischen Bedürfniss dafür in Schweden fehle (Mot. S. 132 f.) — von der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen. Leider erhellt nicht, wie sich die künftige Rechtsordnung der gleichwohl z. B. zwecks Umgehung der Vorschriften des Aktiengesetzes angewendeten Form der Aktienkommanditgesellschaft gegenüber verhalten würde. In dieser Beziehung ist eine Ergänzung dringend geboten.

Was nun die begriffliche Abgrenzung der einzelnen Gesellschaftsarten im Verhältniss zu einander anbelangt, so können hier die Wirthschaftsgenossenschaften zunächst ausser Betracht bleiben. Sie stehen den übrigen Vereinigungen als eine geschichtlich, wirthschaftlich und juristisch selbständige Formation gegenüber. Schlichte Gesellschaften, Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften haben zu einander Beziehungen verschiedener Art.

Die Aktiengesellschaft ist die einzige unter diesen Gesellschaftsarten, welche eine in sich geschlossene Begriffsbestimmung erfahren hat (AG.-Entwurf § 1). Schon die schlichte Gesellschaft wird zum Theil nur negativ definirt. „Schliessen zwei oder mehrere eine Gesellschaft für ein bestimmtes Unternehmen oder zu fortgesetzter Wirksamkeit und ist die Gesellschaft nicht eine solche, für die im zweiten Kapitel dieses Gesetzes oder sonst durch Gesetz oder Verordnung besondere Bestimmungen getroffen sind, so wird sie eine schlichte Gesellschaft genannt“ (§ 1 des Entw. I). Falls also nur die erste Voraussetzung zutrifft (Eingehung einer Gesellschaft für ein bestimmtes Unternehmen oder zu fortgesetzter Wirksamkeit), so liegt stets eine schlichte Gesellschaft vor, wenn das betreffende Verhältniss nicht

schon eine anderweitige Regelung durch das geschriebene Recht erfahren hat. Die hiermit gegebene clausula generalis scheint uns erheblichen Bedenken ausgesetzt zu sein. Die Zahl der vom geschriebenen Recht normirten Gesellschaftsarten wäre auch nach dem Inkrafttreten der vorliegenden Entwürfe in Schweden nur eine sehr beschränkte. Dass die Aktienkommanditgesellschaft von der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen worden ist, wurde schon erwähnt. Die Motive (S. 132) begründen dies zum Theil damit, dass anderenfalls auch noch manche anderen Arten von Gesellschaftsformen, die den verschiedenen ausländischen Gesetzgebungen bekannt seien, mit gleichem Rechte Anspruch auf Normirung erheben könnten. Ist damit bereits anerkannt, dass eine vollständige Regelung auch nur der gegenwärtig (wenngleich etwa nicht in Schweden) vorkommenden Gesellschaftsarten nicht beabsichtigt sei, so darf weiterhin nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Associationstrieb unablässig thätig ist und dass derselbe den wechselnden Bedürfnissen entsprechend stetig neue Formen zu schaffen vermag und wirklich schafft. Man denke beispielsweise nur an die Kolonialgesellschaften, an die auf Schaffung von Zwischenstufen zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft gerichteten Bestrebungen, welche in Deutschland neuestens zu gesetzlicher Regelung geführt haben, und Anderes mehr. Und da muss denn doch gefragt werden: Wäre es weise vom Gesetzgeber, alle diese möglichen Gesellschaftsformen ohne Rücksicht auf ihre etwaige Bedeutung und Gestaltung im wirklichen Leben durch seinen Machtspruch den Bestimmungen über die schlichte Gesellschaft zu unterstellen, welche zu erheblichem Theile eine derartige Anwendung gar nicht dulden würden? Wir können diese Frage nicht mit ja beantworten. Mit der Aufnahme der in Rede stehenden Vorschrift in das Gesetz würde dieses eine Kette für das Rechtsleben schmieden, welche demselben für einige Zeit Zwang anthun könnte, schliesslich aber doch wieder von ihm gesprengt werden müsste. Es dürfte sich mehr empfehlen, wenn das Gesetz nur die Rechtsnormen für die schlichte Gesellschaft aufstellen und es dann der Praxis überlassen wollte, das Geltungsgebiet derselben abzugrenzen.

Innerhalb der umfassenden Kategorie der Gesellschaft schlechthin wird eine engere Gruppe von solchen Gesellschaften von den Ent-

würfen herausgehoben, bei welchen den Gegenstand des Unternehmens der unter gemeinschaftlicher Firma stattfindende Betrieb des Handels oder eines sonstigen Gewerbes ausmacht, mit dessen Ausübung die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern verbunden ist. Ein gemeinsamer Name für diese Gesellschaften fehlt. Die Bezeichnung „Handelsgesellschaften" wendet der Entwurf (§ 28) nur auf die nach Ausscheidung der Aktiengesellschaften und der „sonst durch Gesetz oder Verordnung" besonders geregelten noch verbleibenden Gesellschaften dieser Art an. Dass die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern zum Ausgangspunkt für die gesetzliche Begriffsbestimmung genommen worden ist, beruht auf Zweckmässigkeitsgründen. (vgl. Mot. S. 74 f.)

Hat nun der erste Entwurf in der angegebenen Art die „Handelsgesellschaften" als eine besonders gekennzeichnete, engere Gruppe den schlichten Gesellschaften gegenübergestellt, so muss es in hohem Maasse auffallen, dass er von den wirklichen Handelsgesellschaften nach Ausweis der Motive (S. 91) noch solche schlichten Gesellschaften unterscheiden will, die nur als Handelsgesellschaften „angesehen" und auf welche deshalb „nicht allein die Bestimmungen im vorliegenden Kapitel, sondern auch die Bestimmungen angewendet werden sollen, die sonst in Gesetzen und Verordnungen für Handelsgesellschaften erlassen sind", Gesellschaften, die aber gleichwohl nicht „wirkliche Handelsgesellschaften" sein sollen. Welcher Unterschied darnach rechtlich — und darauf kommt es denn doch allein an — zwischen wirklichen und nicht wirklichen Handelsgesellschaften bestehen soll, bleibt unerfindlich.[1]) Allein auch abgesehen von dieser mehr formellen Seite erscheint die betreffende Vorschrift materiell als eine der bedenklichsten des Entwurfes überhaupt.

Den wesentlichen Grund für die Unterscheidung und verschiedenartige Regelung der schlichten und der Handelsgesellschaft bildet auch nach dem vorliegenden Entwurfe, wie die Definitionen beider und die Begründung zahlreicher Einzelbestimmungen erkennen lassen, der Umstand, dass den Zweck der Gesellschaftseingehung im zweiten Falle

[1]) Nach den Motiven (S. 91) „wird die einfache Gesellschaft durch die Registrirung nicht eine wirkliche Handelsgesellschaft, erlangt aber doch dieselbe rechtliche Stellung wie eine solche"!

der Betrieb eines Gewerbes, insbesondere [1]) eines Handelsgewerbes bildet, im ersten Falle dagegen das gemeinsame Unternehmen ein anderes ist. Die Verschiedenheit der wirthschaftlichen Zwecke also hat sich die Verschiedenheit auch der zu ihrer Erreichung bestimmten Rechtsformen erzwungen. Diesen von ihm anerkannten und in seinen Vorschriften im Einzelnen durchgeführten Grundsatz hebt der Entwurf einfach wieder auf durch die Vorschrift des § 28 Abs. 2: „Als Handelsgesellschaft soll eine schlichte Gesellschaft angesehen werden, sofern dieselbe auf Ansuchen der Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen worden ist", wozu als Ergänzung § 8 Abs. 4 der für das Gesetz betreffend Handelsregister vom 13. Juli 1887 geplanten Fassung (S. 67) hinzuzunehmen ist: „Eine einfache Gesellschaft ist auf Ansuchen der Gesellschafter in das Handelsregister in der für Handelsgesellschaften vorgeschriebenen Art einzutragen". Es ist demnach einfach in das Belieben der Mitglieder einer schlichten Gesellschaft gestellt, [2]) ob sie derselben die Rechtsstellung einer Handelsgesellschaft verschaffen wollen. [3]) Auf die wirthschaftliche Verschiedenheit kommt es schlechterdings nicht mehr an. Eine blosse Willensäusserung der Gesellschafter, die sie abgeben können, wann sie wollen d. h. wann es am Besten mit ihren Interessen übereinstimmt, hat zur Folge, dass alle für eine gewerbetreibende Gesellschaft berechneten Rechtssätze auf eine nicht gewerbetreibende Gesellschaft Anwendung finden. Die ganze Scheidung der beiden Formen ist vorgenommen, um dann für unwesentlich erklärt zu werden. Und doch giebt es hier nur ein Entweder—Oder. Entweder diese Scheidung ist in

---

[1]) Nach dem Entwurfe nicht, wie nach dem D. HGB., ausschliesslich.

[2]) Der Entwurf geht hiermit noch weit hinaus über die schon schwere Bedenken erregende (vgl. Gierke D. Entw. ein. bürg. Gesetzbuchs u. das Deutsche Recht S. 255) Vorschrift des Entw. ein. bürg. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich § 659. Dieser gestattet die Anwendung der Grundsätze der offenen Handelsgesellschaft auf die schlichte Gesellschaft wenigstens nur, wenn „der Gesellschaftsvertrag zum Zweck der Betreibung eines Erwerbsgeschäftes geschlossen" wird. In diesem Falle behandelt der schwedische Entwurf, wie bemerkt, die Gesellschaft schon ex lege als eine eigentliche Handelsgesellschaft.

[3]) Dass sie zu diesem Zwecke die Registrirung bewirken müssen, durch welche bei der Handelsgesellschaft deren Rechtsstellung nicht bedingt wird, ist in unserem Zusammenhange unerheblich.

der Sache begründet, dann dürfen die besonderen Rechtsformen, die der Handelsverkehr sich errungen hat, nicht auf den allgemeinen Verkehr angewendet werden, oder diese erweiterte Anwendung derselben ist sachlich geboten,[1]) dann bedarf es eben jener Scheidung nicht mehr. Die Streichung des § 28 Abs. 2 dürfte daher unvermeidlich sein, wenn anders — was uns keineswegs als das Richtige erschiene — nicht der ganze Entwurf umgearbeitet werden sollte.

II.

In der schlichten Gesellschaft erblicken die Motive (S. 75) die „primäre, unqualificirte Gesellschaft", im Verhältniss zu der die Handelsgesellschaft eine sekundäre, qualificirte Form darstelle. Aus dieser Erwägung heraus hat die schlichte Gesellschaft an erster Stelle im Entwurfe ihre Regelung erfahren. Allein schon bei der Begriffsbestimmung des § 1 erwies sich uns die schlichte Gesellschaft insofern als von der Handelsgesellschaft abhängig, als nicht eine positive Definition für sie aufgestellt, sondern ihr Gebiet negativ durch Ausscheidung jener (sowie anderer Bildungen) aus dem Kreise der Gesellschaft überhaupt abgegrenzt wurde. Ähnlich verhält es sich hinsichtlich der Bestimmung des § 2, welche unter der auf sie nicht passenden Überschrift „Begriff der schlichten Gesellschaft" (Hvad med enkelt bolag förstås) mit jener Definition einen besonderen kleinen Abschnitt des Entwurfes bildet. § 2 lautet: „Eine schlichte Gesellschaft kann nicht Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen, noch auch vor Gericht oder einer anderen Behörde Anträge stellen, klagen oder verklagt werden und hat deshalb keine eigene Firma." Die innere Abhängigkeit, in welche der Entwurf in geradem Gegensatze zu der Auffassung der Motive die schlichte Gesellschaft zur Handelsgesellschaft bringt, tritt hier besonders deutlich hervor. Nur aus dem Hinblick auf die letztere erklärt sich die Aufnahme der ganzen Vorschrift. An sich ist sie vollkommen überflüssig, da wohl

[1]) Was die Motive S. 74 in dieser Hinsicht bemerken, hätte, so sollte man glauben, zur Weglassung des § 28 Abs. 2 führen müssen.

niemand auf den Gedanken kommen würde, dass mit dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ein genügendes Substrat für ein auch nur formell selbständiges Auftreten der „Gesellschaft“ gegeben sei. In dem „deshalb“ des Schlusssatzes prägt sich der Lehrbuchscharakter der Bestimmung namentlich aus. Ohne Schaden für den Entwurf kann § 2 gestrichen werden.

Ebenfalls unter dem Einflusse des Rechts der Handelsgesellschaft ist die Systematik entstanden, welche bei der Regelung der schlichten Gesellschaft angewendet wird. Von den einleitenden Bestimmungen über den Begriff der letzteren (§§ 1, 2) und denjenigen über ihre Auflösung und Liquidation (§§ 16—27) abgesehen enthält der Entwurf je einen Abschnitt „über gegenseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft“ (§§ 3—12) und „über das Verhältniss der Gesellschafter zu Dritten“ (§§ 13—15). Zu der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung der einfachen Gesellschaft als „eines obligatorischen Rechtsverhältnisses unter den Gesellschaftern“ (so Motive zu § 2 S. 77) passt diese Scheidung nicht. „Für den Dritten ist“, wie bezeichnenderweise die Motive selbst (zu § 13 S. 82) bemerken, „der Gesellschaftsvertrag an und für sich ohne jede Bedeutung“. Von einem „Verhältniss der Gesellschaft zu Dritten“ zu sprechen ist demnach nur angängig, wenn alsbald hinzugefügt wird, dass die Thatsache des Bestehens eines Gesellschaftsverhältnisses unter den Socien im Verhältniss zu Dritten rechtlich nicht in Betracht kommt. Dann aber bedarf es wiederum nicht der Regelung dieses Verhältnisses in einem den Gesellschaftsvertrag normirenden Gesetze. Denn schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergiebt sich, was soeben bemerkt wurde.

Betrachten wir nun die Vorschriften der §§ 13—15 ihrem Inhalte nach, so sehen wir, dass sie sich sämmtlich auf eine und dieselbe Frage beziehen, die der Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter durch Verträge mit Dritten.

§ 13 zuvörderst ist überflüssig, da er mit Beschränkung auf den Fall des Gesellschaftsverhältnisses nur Bestimmungen trifft, die ohnehin weit über das Gebiet des Societätsrechts hinaus sich als allgemeine Normen des schwedischen Civilrechts darstellen. Begonnen wird wiederum mit einer selbstverständlichen, negativen Vorschrift,

die erst durch das Hinzudenken des anders geregelten Verhältnisses bei der Handelsgesellschaft ihre rechte Bedeutung erhält. „Durch einen Vertrag, der im Namen der Gesellschafter geschlossen wird, wird der Gesellschafter im Verhältniss zu dem dritten Contrahenten nicht berechtigt oder verpflichtet, falls er nicht am Vertragsabschlusse theilgenommen oder Vollmacht zu demselben ertheilt hat.“ Stünde dies nicht im Gesetze, so würde es, wie auch aus den Motiven (S. 82) erhellt, ebenso Rechtens sein. Abs. 2 § 13 lautet dann: „Haben sämmtliche Gesellschafter am Vertragsabschlusse theilgenommen oder zu demselben Vollmacht ertheilt, so werden sie dem dritten Contrahenten gegenüber alle zu gleichen Theilen nach ihrer Kopfzahl berechtigt und verpflichtet, falls nicht ein Anderes beim Vertrage vereinbart wurde.“ Da, wie die Motive (S. 82 f.) ausführen, die Pro-rata-Berechtigung und -Verpflichtung aus Verträgen mehrerer das allgemeine Prinzip des schwedischen Rechts bildet[1]), so haben wir es auch hier wieder mit einem keineswegs dem Gesellschaftsrechte eigenthümlichen, weil nicht mit dem Abschluss des Societätsvertrages in Zusammenhang stehenden Rechtssatze zu thun. Wollte man denselben aber gleichwohl aufnehmen, so durfte man dies nicht in der Beschränkung auf den Fall des Vertragsabschlusses seitens oder mit Vollmacht sämmtlicher Socien thun. Der Satz gilt natürlich, wenn nur einige von diesen an dem Vertragsabschlusse betheiligt sind, mit Bezug auf sie nicht weniger. Statt des Wortes „sämmtliche“ müsste daher eingesetzt werden: „zwei oder mehr“ (två eller flere).

§ 14 des Entwurfs bestimmt nun, dass an die Stelle der Kopftheilhaftung solidarische Haftung der Betheiligten treten soll, wenn der Abschluss des Vertrages unter einer Collectivbezeichnung der Gesellschafter erfolgt ist, welche einen Personennamen oder eins der Worte „Gesellschaft“ (bolag) oder „Verein“ (förening) enthielt. Den Grund der Vorschrift bildet natürlich, dass in solchem Falle der Dritte an das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft oder einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft[2]) glauben könnte. Was

---

[1]) Vgl. auch z. B. Gram in Nordisk Retsensyklopædi II 5.

[2]) Über diese technische Bedeutung des Wortes „förening“ in der schwedischen Rechtssprache s. Bilaga s. 2.

nun das Verbot des Wortes „bolag“ anbetrifft, so kann es wohl gerechte Bedenken erregen, dass das Gesetz einer Gesellschaft untersagt, sich mit dem Namen zu bezeichnen, den es ihr selbst beigelegt hat. Fast jeder Paragraph unseres Entwurfes (Kap. I) wendet das Wort „bolag“ an, und nur die Gesellschaft selber soll es nicht gebrauchen. Wenn dieses Wort wirklich eine so prägnante Bedeutung in der Rechtssprache hätte — was aber füglich auch für Schweden bezweifelt werden muss —, so hätte u. E. in erster Reihe das Gesetz selbst es nicht für jede Art von „schlichter Gesellschaft“ anwenden dürfen. Allein abgesehen hiervon scheint nun in der That in der Bestimmung des § 14 eine solche vorzuliegen, welche sich aus dem „Verhältniss der Gesellschafter zu Dritten“ erklärt und welche demnach als solche mit Recht den auf das gegenseitige Verhältniss der Socien zu einander bezüglichen Bestimmungen gegenübergestellt worden ist. Indessen es scheint nur so. In Wahrheit hat auch die in Rede stehende Vorschrift mit dem Bestehen und der juristischen Natur der „schlichten Gesellschaft“ nichts zu thun. Der Umstand, dass unter den verbotswidrig unter der Bezeichnung „bolag“ Handelnden eine schlichte Gesellschaft besteht, ist, wie ja überhaupt die Existenz einer solchen, für den Dritten ganz irrelevant. Dieselben Gründe, die in dem Falle des § 14 eine Steigerung der Haftung dem Dritten gegenüber als geboten erscheinen lassen, sind auch dann vorhanden, wenn Personen, unter denen kein Gesellschaftsvertrag besteht (beispielsweise wenn dieser ungiltig ist), unter einer der untersagten Bezeichnungen Verträge schliessen. Die Beschränkung der in Rede stehenden Vorschrift auf den Fall, dass ein Gesellschaftsvertrag unter den von der einen Seite kontrahirenden besteht, und die Einreihung dieser Vorschrift in das Recht der einfachen Gesellschaft ist daher nicht begründet.

Auch § 15, der dritte und letzte der „vom Verhältniss der Gesellschafter zu Dritten“ handelnden Paragraphen des Entwurfs, enthält eine Verwandlung der Pro-rata- in die solidarische Haftung. Er schreibt sie für den Fall vor, dass „eine Gesellschaft Handel oder ein anderes Gewerbe betreibt, mit dessen Ausübung die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern verbunden ist“. Die Bestimmung wird von den Motiven (S. 84) damit begründet, dass sie einen wirk-

samen Zwang zur Herbeiführung der Registrirung handeltreibender Gesellschaften [1]) und zu ihrer Gestaltung zu Handelsgesellschaften ausüben soll. Ohne Zweifel wird sie in dieser Hinsicht sich als äusserst wirksam erweisen, wirksamer wohl als die ebenfalls angedrohte [2]) Bestrafung unterlassener Registrirung. Aus dem Verhältniss der Gesellschafter zu Dritten ergiebt und rechtfertigt sie sich dagegen nicht. Denn entweder tritt in dem vorausgesetzten Falle die Gesellschaft dem Dritten gegenüber wie eine Handelsgesellschaft auf — dann ist bereits durch § 14 das Erforderliche zum Schutze des Dritten bestimmt, oder dieser weiss, dass es keine Handelsgesellschaft ist, mit der er sich einlässt — dann liegen in seiner Person keine Gründe vor, die Gesellschafter solidarisch haftbar zu machen. Zu bedenken bleibt dabei noch, dass in zahlreichen Fällen selbst solche Rechtsgeschäfte einer Gesellschaft, die von ihr im Handels- oder Gewerbebetriebe vorgenommen werden, als Glieder eines solchen für den Dritten gar nicht erkennbar sind und somit hier die Haftung der Socien wie bei einer Handelsgesellschaft um so weniger als im Interesse des Dritten geboten erscheint.

Die Regelung, welche das Verhältniss der Socien einer schlichten Gesellschaft zu einander, sowie die Auflösung und Liquidation einer solchen im Entwurf erfahren, können im Allgemeinen als sachgemäss bezeichnet werden. Da abweichende Vereinbarung hinsichtlich der erstgenannten Materie selbstredend überall zugelassen ist [3]) — nicht einmal das Verbot der societas leonina hat (zu § 8 vbdn. mit § 3) ausdrückliche Aufnahme gefunden —, sind die gegen einzelne Bestimmungen zu erhebenden Einwendungen minder schwerwiegend. Auch hier muss nämlich konstatirt werden, dass die schlichte Gesellschaft innerhalb des Entwurfes in manchen Beziehungen mehr als erwünscht von dem Rechte der Handelsgesellschaft beeinflusst worden

---

[1]) Die Registrirungspflicht knüpft sich an den Betrieb des Handels oder eines anderen Gewerbes, „mit dessen Ausübung die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern verbunden ist". Vgl. § 8 des Gesetzes vom 13. Juli 1887.

[2]) Vgl. Entw. z. Ges. betr. Abänderung des Gesetzes über Handelsregister etc. § 23 (S. 70).

[3]) Vgl. § 3.

ist. So spricht § 11 dem Gesellschafter, der für Rechnung der Gesellschaft nöthige oder nützliche Auslagen gemacht, im Gegensatz zum geltenden Rechte (vgl. Mot. S. 81) fünf Procent Zinsen vom Tage seiner Forderung an zu, sowie umgekehrt derjenige Gesellschafter, der vereinbarte Einlagen oder gemachte Einnahmen zu erlegen versäumt, von dem Tage an, wo er dies hätte thun müssen, laufende Zinsen zahlen soll. Der Grund, mit welchem die Motive eine derartige Neuerung in der ersten Beziehung zu rechtfertigen bemüht sind, dass nämlich die Gewissheit, Zinsen zu erlangen, die Bereitwilligkeit zur Leistung von Vorschüssen steigern würde, ist ein nicht unbedenklicher. Durch Zusicherung eines für civilrechtliche Verhältnisse erheblichen Zinsengenusses könnte leicht diese Bereitwilligkeit grösser werden, als erwünscht ist, zumal da die blosse Nützlichkeit der Verauslagung bereits den Anspruch auf Zinsen gewährt. Die Hinweisung auf handelsrechtliche Analogien (Mot. S. 81) ist nicht statthaft. Denn die ihnen zu Grunde liegende Anschauung der steten Produktivität, weil steten Anlegbarkeit des Geldes trifft ausserhalb des Handelsverkehrs nicht zu. Ähnliche Erwägungen lassen die ohne Weiteres mit dem Fälligkeitstage eintretende Zinspflicht als zu weitgehend erscheinen.

Auch die Bestimmung des § 12, nach welcher Ersatzklagen, die sich auf die Thätigkeit des Gesellschafters als eines solchen beziehen, schon in einem Jahre von der Bekanntgebung des nächsten Rechnungsabschlusses, bez. in Ermangelung eines solchen von der Auflösung der Gesellschaft ab verjähren sollen, scheint für die Verhältnisse der schlichten Gesellschaft nicht zu passen. Die Heranziehung der gleichen Vorschrift für die Verjährung von Klagen aus Geschäften eines Bevollmächtigten (Mot. S. 82) genügt wiederum nicht, um für den civilrechtlichen Verkehr eine so weit gehende Norm als zulässig erscheinen zu lassen. Eine dreijährige Verjährung würde u. E. den verschiedenen Bedürfnissen am Besten Rechnung tragen. [1])

Dem letzten von der schlichten Gesellschaft handelnden Abschnitte des Entwurfs „über Auflösung und Liquidation der Gesell-

[1]) Das Gleiche gilt von der Verjährung der Klagen von Gesellschaftern aus Anlass der Auseinandersetzung, die nach § 27 ebenfalls in einem Jahre vollendet sein soll.

schaft" (§ 16 ff) ist eine Bestimmung darüber, ob die nachfolgenden Vorschriften abweichende Vereinbarung zulassen, nicht vorangeschickt. Daraus allein darf selbstverständlich die verneinende Beantwortung dieser Frage auch nicht für diejenigen Vorschrifen gefolgert werden, denen nicht im Einzelnen, wie dies in den §§ 16 und 24 Abs. 1 und 3 geschehen ist, ein entsprechender Vorbehalt hinzugefügt wurde. Es wird vielmehr für jede Bestimmung selbständig zu untersuchen sein, was als Willen des Gesetzes gelten muss, da eine allgemeine Entscheidung aus der Natur der einfachen Gesellschaft weder in dem einen noch in dem anderen Sinne abgeleitet werden kann.[1]) Mit Bezug auf einzelne Vorschriften ergiebt sich ohne Weiteres aus den Motiven, dass dieselben nur dispositiver Natur sein sollen. So die Bestimmung des § 23, nach welchem, vom Konkurse eines Gesellschafters abgesehen, nach Auflösung der Gesellschaft „die Liquidation bewerkstelligt werden soll". Die Motive (S. 87) bemerken hierzu: „Dass die Gesellschafter über eine Vertheilung der Eingänge ohne Liquidation oder Fortdauer der Gemeinschaft bezüglich derselben, wenngleich nicht in Gesellschaft, übereinkommen können, dürfte nicht bezweifelt werden können". Immerhin schiene es uns erwünscht, wenn dies im Gesetzestexte selbst zum Ausdruck gebracht würde, umsomehr als der Gebrauch des Wortes „skall" („soll") irgend welche Schlussfolgerungen in dieser Beziehung nicht zulässt.[2]) Auch mit Bezug auf die Bestimmung des § 26 Abs. 1, dass die Vertheilung der Vermögensbestände unter die Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft nicht vor Tilgung aller Schulden erfolgen solle, ergeben die Motive (S. 89), dass eine abweichende Vereinbarung den Socien offenstehen solle. Indessen ist dies doch nicht, wie die Motive annehmen, ohne Weiteres damit gegeben, dass die ganze Vorschrift nicht im Interesse Dritter, sondern nur in dem der Socien selbst aufgenommen ist. Denn an sich könnte ja auch zum Schutze der letzteren deren Vertragsfreiheit beschränkt worden sein.

---

[1]) Zwar wird die Vermuthung regelmässig für Freiheit der Vereinbarung sprechen, aber es können doch verschiedenartige Erwägungen den Gesetzgeber zur Beschränkung derselben bestimmen.

[2]) Vgl. das hierüber in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch. IX S. 122 Bemerkte.

Zweifelhaft bleibt, wie mit Bezug auf die in Rede stehende Frage die Vorschrift des § 19 Abs. 1 zu beurtheilen ist: „Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft aufgelöst". Stünde sie für sich allein, so würde ihr in Gemässheit der Auffassung des Entwurfs von der juristischen Natur der schlichten Gesellschaft zwingender Charakter zugeschrieben werden müssen. Nun bemerken aber die Motive (S. 86): „Nichts scheint dem im Wege zu stehen, dass der Gesellschaftsvertrag z. B. den Erben eines Gesellschafters das Recht einräumt, bei dessen Tod ohne Weiteres in die Gesellschaft behufs Fortsetzung ihrer Wirksamkeit einzutreten. Wie weit in solchem Falle die Gesellschaft aufgelöst oder fortgesetzt wird, scheint nach dem Vorschlage der Kommission dem Beschlusse der Erben überlassen bleiben zu müssen". Wenn eine derartige Vereinbarung zulässig, somit überhaupt die Fortsetzung einer Gesellschaft durch die Erben eines verstorbenen Gesellschafters möglich ist, so ist nicht abzusehen, warum für diese Erben nur ein Recht, nicht auch eine Verpflichtung zur Fortsetzung der Gesellschaft sollte begründet werden können. Es kann aber nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob die Absicht des Entwurfs, bez. seiner Verfasser hierauf gerichtet gewesen ist. Jedenfalls wäre auch hier die vollständige Erledigung der Materie im Gesetze selbst durchaus erwünscht.

III.

Im zweiten Kapitel des ersten Entwurfes werden die Handelsgesellschaften geregelt. Es zerfällt dieses Kapitel in zwei Abschnitte: „Von Handelsgesellschaften im Allgemeinen" und „Besondere Bestimmungen über Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter (Kommanditgesellschaften"). Die Vorschriften für Handelsgesellschaften im Allgemeinen entsprechen denjenigen für die offenen Handelsgesellschaften des deutschen HGB's. Die Kommanditgesellschaft wird in scharf ausgeprägter Weise als eine Abart der offenen Handelsgesellschaft aufgefasst. Die Kommission gesteht zu (Mot. S. 100), dass die von ihr abgelehnte Auffassung der Kommandit-

gesellschaft als einer selbständigen Gesellschaftsform „unter theoretischem Gesichtspunkte ansprechender erscheinen kann“, wie sie ja auch allein aus der geschichtlichen Entwicklung als geboten sich ergiebt (vgl. neuestens dazu Goldschmidt Handbuch [3] I 1 S. 254). Den Grund, gleichwohl sich auf den nunmehr eingenommenen Standpunkt zu stellen, gab für die Kommission der Umstand ab (Mot. S. 99), dass häufig die KG. an die Stelle einer o. HG. tritt, von deren Mitgliedern eines nicht weiter aktiv theilnehmen und deshalb nur noch beschränkt betheiligt bleiben will. Dass dieser Grund nicht genügt, liegt auf der Hand. Selbstverständlich steht auch nach schwedischem Rechte, wie die Motive selbst bemerken, nichts dem im Wege, eine KG. als solche von vornherein einzugehen. Aber auch wo dies nicht geschieht, kann allein durch die thatsächliche Anknüpfung einer KG. an die o. HG. ihre rechtliche Unterordnung unter die letztere keineswegs genügend gerechtfertigt werden. Man braucht nur daran zu denken, wie oft eine Handelsgesellschaft in ähnlicher Weise an ein Einzelunternehmen sich anschliesst oder umgekehrt, um das Unzutreffende einer solchen Erwägung zu erkennen.

Gehen wir nun zuvörderst auf die „Handelsgesellschaften im Allgemeinen“ ein, so fällt alsbald der in scharfem Gegensatze zu § 2 des Entwurfes stehende § 29 ins Auge:

> Eine Handelsgesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten übernehmen, sowie vor Gericht und anderen Behörden Anträge stellen, klagen und verklagt werden.

Die Wortfassung ist augenscheinlich im Anschluss an das deutsche HGB. (Art. 111, vgl. Schweiz. Obl. R. Art. 559) gewählt. Befremden muss das Fehlen der Worte „unter ihrer Firma“, zumal da die Bedeutung der letzteren für das Auftreten der Gesellschaft als solcher in Rechtsangelegenheiten von den Motiven sogar überschätzt wird. [1]) Jedenfalls aber kann und soll auch, wie die Motive (S. 90) ergeben, mit jener Wortfassung des § 29 allein eine Entscheidung über die Frage nicht getroffen werden, ob die

---

[1]) Vgl. die Ausführung S. 77 zu § 2 über die Bedeutung der Firma, bei welcher der Umstand, dass auch der Einzelkaufmann eine Firma führt, ausser Acht gelassen ist.

Handelsgesellschaft als juristische Person anzusehen sei oder nicht. Die Motive meinen irrthümlich (S. 73), dass diese Frage „hauptsächlich“ (!) „nur theoretisches Interesse habe“. Abgesehen davon, dass es gar nicht möglich ist, anlässlich einer Gesetzgebung über die Handelsgesellschaften in allen den Beziehungen spezielle Normen zu schaffen, in welchen die Beantwortung jener Frage schon nach geltendem Rechte von maassgebender Bedeutung ist, so können täglich neue Beziehungen dieser Art erscheinen, die sich nicht voraussehen liessen und die nun doch geregelt sein wollen. Ein neues Gesetz z. B. begründet Rechte und Pflichten irgend welcher Art für juristische Personen, ohne deren Arten selbst zu nennen. Für die Frage, ob im Sinne dieses Gesetzes auch Handelsgesellschaften als juristische Personen anzusehen sind, wird die Beantwortung der anderen Frage, ob sie dies im Sinne des bis dahin geltenden Rechts gewesen, von entscheidender Wichtigkeit sein können. In der That haben denn auch die Motive zu unserem Entwurfe nicht vermeiden können, wiederholt zu der Frage nach der juristischen Natur der Handelsgesellschaft Stellung zu nehmen. Doch ist dies leider nicht so geschehen, dass eine zuverlässige Anschauung von ihrem Standpunkt ihr gegenüber sich gewinnen liesse.

Auf der einen Seite bemerken die Motive (S. 73): „Vom praktischen Gesichtspunkt aus genügt es, dass der Gesellschaft das Recht zugestanden wird, als solche Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten zu übernehmen, dass sie einen eigenen Gerichtsstand hat, ... oder mit anderen Worten, dass die Gesellschaft als ein selbständiges Rechtssubjekt anerkannt wird“. Sie sprechen (S. 74) von der Stellung der Handelsgesellschaften als Rechtssubjekte“, sie werfen die Frage auf, wie weit die Gesetzgebung „solchen Gesellschaften Rechtssubjektivität verleihen solle, die, ohne einen Handelsbetrieb zu bezwecken, doch für eine fortdauernde Wirksamkeit eingegangen würden“, und sie erklären (S. 75), dass „die Rechtssubjektivität der Gesellschaft“ von der Annahme einer Firma abhängig sein solle. Sie sagen (S. 77) von der schlichten Gesellschaft, „eine Einheit nach aussen, ein Rechtssubjekt bilde sie nicht und sie könne sonach nicht Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen“. Sie heben hervor (S. 91), dass Forderungen

und Schulden aus Handlungen der Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft „bei der schlichten Gesellschaft Forderungen und Schulden der Gesellschafter gegen einander werden, bei der Handelsgesellschaft aber Forderungen und Schulden der Gesellschafter gegen die Gesellschaft“. Nach alledem wäre anzunehmen, dass die Motive die Handelsgesellschaft für eine juristische Person halten.

Auf der andern Seite aber erklären sie nachdrücklich (S. 90), dass die Auffassung der Handelsgesellschaft als eines „Trägers der durch die Wirksamkeit der Gesellschaft entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten“ „keineswegs soweit getrieben werden darf, dass die Handelsgesellschaft sowohl den Gesellschaftern als auch Dritten gegenüber in die Stellung einer selbständigen Einheit in ganz demselben Sinne wie z. B. die Aktiengesellschaft gelangt“. „Es fällt auch leicht in die Augen“, fahren sie fort, „dass das Prinzip der Selbständigkeit der Gesellschaft als eines Rechtssubjektes, in dieser Richtung streng durchgeführt, zu gänzlich unannehmbaren Konsequenzen führen und den Charakter der Handelsgesellschaft von Grund aus umgestalten würde“. Nachdem sie dies an einigen Beispielen dargelegt haben, gelangen sie schliesslich zu der Formulirung: „Nach Ansicht der Kommission müssen die Gesellschafter höchstens als Subjekte für die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gedacht werden, so dass folglich die Gesellschaft zu einer Mittelform wird zwischen der einfachen Gesellschaft als einem nur rein inneren Verhältniss unter den Gesellschaftern auf der einen und der Aktiengesellschaft mit deren korporativem Charakter auf der anderen Seite.“ Wie diese Auffassung sich mit den vorerwähnten Bemerkungen über die Rechtssubjektivität der Handelsgesellschaft vereinigen lassen soll, vermögen wir nicht abzusehen.

Die Disposition des den Handelsgesellschaften gewidmeten zweiten Kapitels entspricht genau derjenigen des die einfachen Gesellschaften regelnden ersten Kapitels unseres Entwurfes (vgl. dazu oben S. 10). An die beiden dem Begriffe der Handelsgesellschaft gewidmeten Paragraphen reiht sich daher auch hier ein „von den gegenseitigen Rechten und Verbindlichkeiten der Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft“ handelnder Abschnitt (§§ 30–33).

Das Verhältniss unter den Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft regelt sich zunächst nach Vereinbarung; die gesetzlichen Vorschriften sind nur subsidiär (§ 30). Es kann mit Bezug auf sie grösstentheils auf die Bestimmungen für die schlichte Gesellschaft hingewiesen werden (§ 30 Abs. 2), und die Bedenken, welche mit Bezug auf die letztere geäussert werden mussten (oben S. 13 ff.), kommen hier nicht in Betracht. Von den besonderen, für die Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen (§§ 31—33) ist hier hervorzuheben, dass für jedes Rechnungsjahr nicht nur Zinsen von dem Guthaben — und zwar in Höhe von fünf Procent — jedem Gesellschafter gutzuschreiben sind, sondern auch „eine angemessene Vergütung für die Verwaltung von Gesellschaftsangelegenheiten" (§ 31 Abs. 1). Nach den Motiven, welche den Gegensatz zwischen dieser Vorschrift und dem deutschen Rechte hervorheben (S. 92), können gegen diese Gleichbehandlung der Arbeits- und der Kapitalleistung zwar „ohne Zweifel unter theoretischem Gesichtspunkt Einwendungen erhoben werden, aber es dürfte doch anzuerkennen sein, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen bedeutende, praktische Vortheile mit sich bringen, insbesondere zur Erleichterung einer richtigen Abschätzung der gegenseitigen Stellung der Gesellschafter mit Bezug auf das Resultat der Wirksamkeit der Gesellschaft." Wir müssen bekennen, dass wir uns von diesen Vortheilen darnach ein Bild noch nicht machen können. Die in Rede stehende Vorschrift setzt unseres Erachtens eine bestimmte Anschauung von der Stellung der verschiedenen Socien bereits voraus, sie kann daher nicht die Gewinnung dieser Anschauung erleichtern. Die Ansicht der Handelswelt von der steten Produktivität des Kapitals wird von den Motiven als allgemein bestehend ausdrücklich anerkannt. Es hätte daher eine gleiche Ansicht der Verkehrskreise oder doch das Bedürfniss der Entwicklung einer gleichen Ansicht mit Bezug auf die Arbeitsleistung dargethan werden müssen, wenn die gleiche Behandlung beider in der vorliegenden Frage hätte gerechtfertigt werden sollen. Dazu ist aber nicht einmal ein Versuch gemacht worden, und wäre dies geschehen, so hätte es kaum Erfolg gehabt. Denn thatsächlich findet auch gegenwärtig noch — vielleicht in höherem Maasse als je zuvor — flüssiges Kapital stets fruchtbringende Verwendung im Handelsverkehr, während dies hinsichtlich freier Arbeitskraft durchaus nicht der Fall ist.

Mit dem „Verhältniss der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten“ beschäftigen sich die §§ 34—41 des Entwurfs. Zu bemerken ist, dass nach § 35 die Ertheilung einer Prokura durch sämmtliche Gesellschafter gemeinschaftlich zu erfolgen hat [1]. Sollen auch die von der Vertretung ausgeschlossenen (§ 34) Gesellschafter hier mitwirken, wie nach der allgemeinen Fassung des Entwurfs und der Begründung der Motive (S. 94) anzunehmen ist, so dürfte dies jedenfalls zu weit gehen.

Die wichtige Frage der Haftung für die Gesellschaftsschulden ist im § 36 im Sinne der Solidarhaftung aller Gesellschafter beantwortet. Dabei erregt nur die Fassung des Gesetzes, die Socien sollten haften „einer für alle und alle für einen wie für eigene Schuld“ Bedenken, insofern sie im Gegensatz zu den bezüglichen Ausführungen der Motive (S. 94) der Auffassung der Handelsgesellschaft als einer juristischen Person eine erhebliche Stütze bieten würde.

Dass ein in die Handelsgesellschaft neu eintretender Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten haftet (§ 37), kann nur gebilligt werden. Nicht minder auch die sich daran anschliessende Vorschrift: „Scheidet ein Gesellschafter aus, so hafte er nicht für die später entstehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ausser wenn derjenige, mit welchem kontrahirt wurde, von dem Ausscheiden keine Kenntniss hatte.“ Diese Bestimmung ist auch in ihrem letzten Theile um deswillen unbedenklich, weil der Ausscheidende durch Herbeiführung der Registrirung seines Ausscheidens in Gemässheit der §§ 21 und 7 des Gesetzes betr. Handelsregister u. s. w. vom 13. Juli 1887 bewirken kann, dass sein Ausscheiden als zur Kenntniss jedes Dritten gelangt gilt. Übrigens dürfte es sich empfehlen, in dem § 37 auch andere als vertragsmässige Verpflichtungen zu berücksichtigen, da die Haftung des neu eingetretenen oder des ausgeschiedenen Gesellschafters doch für alle Obligationen der Gesellschaft (z. B. auch für die auf Delikt oder Gesetz beruhenden) die gleiche sein muss.

Im § 39 ist für den Gesellschaftsschuldner die Compensation mit einer Forderung gegen einen Gesellschafter ausgeschlossen. Es

[1] S. dagegen A. D. HGB. 118. Prot. III 1006 f.

wäre erwünscht, wenn auch die übrigen gleich zu behandelnden Fälle (Compensation seitens des Gesellschafters mit Forderungen der Gesellschaft gegen seinen Gläubiger und Compensation seitens der Gesellschaft mit Forderungen des Gesellschafters gegen ihren Gläubiger) hier erwähnt worden wären.

§ 40 handelt von dem Falle, dass ein Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter „sein Recht an der Gesellschaft einem Andern“ (will sagen: einem Dritten) „überlässt“. Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt, indem, wie die Motive (S. 97) mit Recht auseinandersetzen, eine solche Überlassung nicht möglich ist.

IV.

Der bereits oben erwähnten Anschauung des Entwurfes, nach welcher die Kommanditgesellschaft lediglich als eine Abart der offenen oder Handelsgesellschaft i. e. S. erscheint, entspricht es durchaus, dass die für die erstere gegebenen Vorschriften sich an die die letztere betreffenden als „besondere Bestimmungen über Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter“ anschliessen (§§ 44—51). Allgemeiner Grundsatz ist somit, dass das Recht der offenen Handelsgesellschaft insoweit auf die Kommanditgesellschaft Anwendung findet, als für diese nicht besondere Bestimmungen getroffen sind. Die Motive erblicken (S. 99 f.) darin einen besonderen Vorzug, „da es stets vortheilhaft sein muss, wenn bei Schaffung einer neuen Rechtsform diese sich so nah als möglich an ein bereits wohlbekanntes und erprobtes Rechtsinstitut anschliessen kann“. Es wird wesentlich darauf ankommen, wie dieses „so nah als möglich“ aufgefasst wird. Bedeutet es nur „so nah als dies geschehen kann, ohne dass dabei die Eigenart der thatsächlichen Verhältnisse unter die Herrschaft des für andere entstandenen Rechtes gezwängt wird“, so ist nichts dagegen einzuwenden. Aber es liegt auf der Hand, dass es schwer sein wird, die damit gezogenen Grenzen einzuhalten. Dass sie im vorliegenden Fall von dem Entwurfe überschritten worden sind, ergiebt sich schon aus seiner Grundanschauung

vom Verhältniss der Kommanditgesellschaft zur Handelsgesellschaft i. e. S.

Im Übrigen sind jene „besonderen Bestimmungen" durchaus sachgemäss und einwandsfrei. Sie stimmen im Grossen und Ganzen mit den Vorschriften des deutschen Rechts überein. Nur eine wesentliche Abweichung ist zu nennen. Nach dem Entwurfe darf der Name auch eines Kommanditisten in der Firma enthalten sein. Man glaubte (Motive S. 101) dies jedenfalls dann nicht untersagen zu können, wenn die Kommanditgesellschaft dadurch entstanden ist, dass in einer schon bestehenden Gesellschaft die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters in eine beschränkte umgewandelt worden ist. Hier glaubte man die Ausschliessung des Namens des Kommanditisten aus der Firma so lange nicht wohl verlangen zu können, als im Falle gänzlichen Ausscheidens eines Gesellschafters die Beibehaltung der unveränderten Firma gesetzlich freistehe (§ 12 des Gesetzes vom 13. Juli 1887). Auf die hierin liegende, anscheinende Inkonsequenz ist bereits bei der Berathung der entsprechenden deutschrechtlichen Vorschriften hingewiesen worden (Prot III 1104 f.); mit Recht fand gleichwohl die Vorschrift des Art. 168 Aufnahme in das HGB. (s. v. Hahn Kommentar [3] I 583 f.). Das schwedische Gesetz würde um so besser daran thun, auf eine Sonderstellung in dieser Frage zu verzichten, als die von ihm zum Ersatz ins Auge gefasste Rechtsnorm durchaus an demselben Fehler leiden würde wie die durch sie zu ersetzende. Um nämlich Dritte vor der durch die Aufnahme des Namens eines Kommanditisten in die Firma ermöglichten Schädigung zu schützen, bestimmt der Entwurf (§ 44, 2), dass die Firma der Kommanditgesellschaft diese stets als eine solche bezeichnen muss. Soll diese Vorschrift ihren Zweck erfüllen, so muss sie auch dann Anwendung finden, wenn die Kommanditgesellschaft durch Beschränkung der Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter aus einer offenen Handelsgesellschaft hervorgegangen ist. Hier muss also die Firma geändert werden. Wäre dagegen die Handelsgesellschaft durch Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter ganz aufgelöst worden, so könnte nach § 12 des Gesetzes vom 13. Juli 1887 (entsprechend dem Art. 24 des A. D. HGB.'s) die alte Gesellschaftsfirma unverändert fortgeführt werden. Was gegen das Verbot der Aufnahme

des Namens eines Kommanditisten in die Firma angeführt wird, kann demnach mit gleichem Rechte gegen des Gebot der Aufnahme des Wortes „Kommanditgesellschaft“ in die Firma geltend gemacht werden.

Neben der Kommanditgesellschaft hat die stille Gesellschaft im Entwurfe eine Regelung nicht erfahren. Sie trägt nach der Auffassung der Kommission (Motive S. 100) nur uneigentlich den Namen „Gesellschaft“, während sie in Wahrheit „einen kombinirten Darlehns- und Gefahrsvertrag“ darstellt. Ohne auf diese Anschauung näher einzugehen, welche uns geschichtlich und dogmatisch gleich unzutreffend zu sein scheint, müssen wir hier doch darauf hinweisen, dass selbstredend die in den Motiven geäusserte Anschauung der Kommission für die Praxis und für die Wissenschaft keine verbindliche Kraft haben kann. Es wäre daher sehr wohl möglich, dass gleichwohl die schwedische Praxis der Zukunft in der stillen Gesellschaft eine Gesellschaft erblickte, und dann würden sich auch hier die Nachtheile der oben (S. 5 f.) bereits erwähnten Definition der schlichten Gesellschaft (§ 1) geltend machen. Denn da die stille Gesellschaft „im 2. Kap. dieses Gesetzes oder sonst durch Gesetz oder Verordnung“ nicht „besonders geregelt ist“, übrigens aber sich als eine von zwei oder mehr Personen für fortgesetzte Wirksamkeit eingegangene Gesellschaft charakterisiren würde, so wären auf sie die Bestimmungen von der schlichten Gesellschaft anzuwenden. Es bedarf aber keiner weiteren Darlegung, dass dies in manchen Beziehungen zu unangemessenen Ergebnissen führen würde (vgl. z. B. §§ 4, 7, 8 u. s. w.)

Auch in den Motiven nicht erwähnt, geschweige denn in den Entwurf aufgenommen ist die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie sie für Deutschland durch das Reichsgesetz vom 20. April 1892 zugelassen ist. Augenscheinlich hat sich ein Bedürfniss nach Einführung dieser Gesellschaftsart in Schweden bislang nicht gezeigt. Dass man in Deutschland den dahin gehenden Wünschen der betheiligten Handelskreise in einer über die Grenzen des Handelsverkehrs (§ 1 des genannten Gesetzes: „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“) weit hinausgehenden Art leichthin entsprochen hat, scheint uns in hohem Maasse bedenklich zu sein [1]).

[1]) S. auch Goldschmidt Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft S. 36 ff.

V.

Die Regelung des Rechtes der Aktiengesellschaften, welche das „förslag till Lag om aktiebolag" beabsichtigt, hat für Schweden eine ganz besondere Bedeutung. Das zur Zeit dort vorliegende Gesetzesmaterial beschränkt sich im Wesentlichen auf die nur fünfzehn Paragraphen umfassende, königliche Verordnung vom 6. Oktober 1848.[1]) Sie beruht auf dem Sanktionirungssystem, und die Art, wie nach ihr der König sein Bestätigungsrecht ausüben soll (vgl. § 1 der Verordnung), vermag in der That für das Fehlen einer ausreichenden gesetzlichen Regelung einen gewissen Ersatz zu bieten.[2]) Dass dieser Standpunkt aber gegenwärtig nach verschiedenen Richtungen hin als ein veralteter erscheint, wird von den Motiven zum neuen Entwurfe (S. 106) richtig hervorgehoben und bedarf keiner weiteren Darlegung. Der Entwurf hat das System der gesetzlichen Regelung unter Aufstellung von Normativvorschriften angenommen.

Die Aktiengesellschaft entsteht als solche erst durch die Eintragung in das Aktiengesellschaftsregister. Dieses ist nicht, wie in Deutschland und wie bisher auch in Schweden[3]), mit dem Handelsregister überhaupt identisch. Während das letztere in lokaler Gliederung geführt wird, soll die Führung des neuen Aktiengesellschaftsregisters für das ganze Reich in Stockholm durch eine vom König zu bestimmende Behörde stattfinden (Entw. § 56). Es scheint uns nicht, dass eine derartige Zerreissung der auf die verschiedenen Gesellschaftsformen des Handelsverkehrs bezüglichen Eintragungen einen Fortschritt darstellen würde. Die Gründe, die zu ihren Gunsten beigebracht werden (Mot. S. 129 f.), reichen nicht aus. Es sind ihrer zwei. Einmal dass die Geschäftsverbindungen der Aktiengesellschaft

[1]) Zur Entstehungsgeschichte derselben vgl. J. Hagströmer Om aktiebolag enligt svensk rätt s. 102 följ.

[2]) Auf Grund einer entsprechenden Erwägung ist für die Versicherungs-Aktiengesellschaften das Sanktionirungssystem auch in dem für sie vorliegenden Entwurfe beibehalten. Vgl. Förslag till Lag om aktiebolag, som drifva försäkringsrörelse § 2 und dazu Motive S. 152 f.

[3]) Vgl. Gesetz vom 13. Juli 1887 §§ 1. 19. 20.

im Allgemeinen ausgebreiteter sind als die des Einzelgewerbetreibenden oder der Handelsgesellschaft und dass die Kunden der Aktiengesellschaft oft genug zum grösseren Theile an anderen Orten wohnen als da, wo die Gesellschaft domizilirt ist. Aus diesem Grunde glauben die Motive den mit der Registrirung angestrebten Zweck durch eine centralisirte Eintragung besser erreichen zu können. Allein abgesehen davon, dass das ganze Argument auf ziemlich unsicherer, thatsächlicher Basis ruht, so kann in der von den Motiven angedeuteten Richtung genügende Fürsorge durch die Art der Publikation der Eintragungen getroffen werden, und es erscheinen die Vorschriften der §§ 61, 62 des Entwurfs hierzu als vollkommen ausreichend. Der zweite für die Neuerung angeführte Grund ist, dass eine centrale, mit solchen Aufgaben hauptsächlich befasste Behörde sich der Aufgabe der Kontrolthätigkeit anlässlich der Registrirung mehr gewachsen zeigen werde als Lokalbehörden, deren Zeit und Aufmerksamkeit sich auf Geschäfte mannichfacher Art vertheilen müsse. Auch hierin liegt ein richtiger Gedanke, zu dessen Verwirklichung es aber durchaus nicht einer so radikalen Umwälzung bedarf, wie der Entwurf sie plant. Schon nach dem geltenden Rechte sind es für Stockholm das Oberstatthalteramt, für die übrigen Städte die Magistrate oder in deren Ermangelung die sonst zuständigen Stadtobrigkeiten, für das Land die königlichen Bezirksregierungen, denen die Führung der Handelsregister obliegt. Sollte diesen Behörden wirklich nicht auch die gehörige Erledigung der bei der Registrirung der Aktiengesellschaften in Frage kommenden Geschäfte getrost überlassen werden können? Wenn aber nicht, warum überträgt man die Führung der Aktiengesellschafts- und der Handelsregister überhaupt nicht einfach den Untergerichten, an welche doch nach geltendem (Gesetz vom 13. Juli 1887 § 6) ebenso wie nach neuem Rechte (Entw. § 63) sich mit seiner Beschwerde wenden soll, wer sich durch eine Eintragung in seinem Rechte geschädigt glaubt? Die Vortheile der geplanten Neuregelung sind also theils sehr zweifelhaft, theils ebenso gut ohne sie zu erreichen. Ihre Nachtheile dagegen liegen auf der Hand. Es würde durch sie der Verkehr des Publikums mit der Registerbehörde in hohem Maasse erschwert werden und zwar sowohl hinsichtlich der Bewirkung von Eintragungen und Löschungen, als auch hinsichtlich

der Kenntnissnahme vom Inhalte des Registers [1]). Es würde aber auch die Registerbehörde bei der Prüfung der den Anträgen zum Register zu Grunde liegenden Thatsachen und bei der Fürsorge für gehörige Bewirkung, bezw. Herbeiführung der Bestrafung wegen Unterlassung der vorgeschriebenen Eintragungen (vgl. Entw. §§ 4,2, 17,1, 18,4, 49,2) begreiflicherweise grössere Schwierigkeiten zu überwinden haben, wenn sie sich nicht am Orte oder doch in der Nähe des Ortes befände, wo die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat. Weitere Übelstände würden sich daraus ergeben, dass das Handelsregister in dieser Beziehung anders behandelt ist. Man denke an den Fall der Umwandlung einer offenen Handels- oder Kommandit- in eine Aktiengesellschaft; er würde sich registermässig darstellen als Löschung der Gesellschaft im Handelsregister ihres Sitzes und Eintragung einer Aktiengesellschaft im Stockholmer Aktiengesellschaftsregister. Nach § 8,2 des Entwurfes soll sich jede neue Firma einer Aktiengesellschaft „deutlich von anderen, vorher nach den Bestimmungen dieses Gesetzes registrirten, noch bestehenden Firmen unterscheiden." Neben dieser Vorschrift behält aber auch die allgemeine Bestimmung des Gesetzes vom 13. Juli 1887 § 10,2 ihre Geltung und Bedeutung [2]), nach welcher jede neue, in das Handelsregister einzutragende Firma sich von anderen für dieselbe Gemeinde vorher in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden soll. Denn selbstverständlich kann nicht gesagt werden, dass in dieser Beziehung durch die Bestimmung des § 8,2: „Die Firma einer Aktiengesellschaft soll das Wort ‚Aktiengesellschaft' enthalten" hinreichend Vorsorge getroffen sei. Die Firma einer Aktiengesellschaft, die sich nur hierdurch von der einer offenen Handels- oder einer Kommanditgesellschaft unterscheiden würde, würde darum den Anforderungen des Gesetzes vom 13. Juli 1887 noch keineswegs entsprechen. Demnach würde die Aktien-

[1]) Es sei übrigens hierbei bemerkt, dass die Öffentlichkeit des Registers ebenso wie nach geltendem Rechte des Handelsregisters gesetzlich nicht ausdrücklich gewährleistet ist.

[2]) Dies hätte freilich im Entwurf zum Ausdruck gelangen müssen (z. B. durch Einschaltung der Worte „oder des Gesetzes betr. Handelsregister, Firma und Prokura, vom 13. Juli 1887" nach „dieses Gesetzes"), da nach den Mot. S. 130 die (d. h. also alle) geltenden Bestimmungen über die Registrirung von Aktiengesellschaften in den Entwurf übergeführt werden sollen.

gesellschaftsregister-Behörde bei Prüfung der Anmeldung wiederum stets auf die örtliche Handelsregisterbehörde zurückgehen müssen, ein Umstand, der gewiss nicht zur Verbesserung des Verfahrens dienen würde. Aus allen diesen Gründen glauben wir uns entschieden gegen die vom Entwurfe in Aussicht genommene Änderung des Registerwesens aussprechen zu müssen.

„Nach der Registrirung kann die Gesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie vor Gericht und anderen Behörden Anträge stellen, klagen und verklagt werden.“ (§ 2.) Diese Bestimmung entspricht Wort für Wort der für die Handelsgesellschaft getroffenen, welche oben (S. 17) erwähnt worden ist. Es liegt auf der Hand, dass diese Übereinstimmung ganz dazu angethan ist, die juristische Verschiedenheit der beiden Gesellschaftsformen in den Hintergrund treten zu lassen. Vor erfolgter Registrirung nun soll die Aktiengesellschaft im Verhältniss zu Dritten als schlichte Gesellschaft betrachtet werden. Es ist nicht zu ersehen, warum sie, falls sonst die Voraussetzungen für das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft gegeben sind (§ 28 des Entw.), nicht als eine solche behandelt werden soll.

Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft darf ohne besondere königliche Genehmigung nicht weniger als 25000 Kronen, der Nominalbetrag der Aktien nicht weniger als 100 Kronen betragen. Die beiden Bestimmungen gründen sich auf sehr verschiedene Erwägungen, was in den Motiven (S. 109 f.) nicht zur Genüge hervortritt. Auf einem Irrthum beruht die Annahme, dass die Festsetzung des hohen Minimalbetrages der Aktien z. B. im deutschen Recht die Schaffung einer sicheren Grundlage für den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft bezwecke. Sie ist vielmehr [1]) aus einer Erwägung hervorgegangen, welche die Motive freilich gerade im entgegengesetzten Sinne verwerthen, nämlich dass durch einen hohen Minimalbetrag der Aktien das kleine Kapital von der Betheiligung an Aktiengesellschaften zurückgehalten wird. Der Entwurf will dies verhindern und setzt deshalb den Betrag der Aktien so weit herunter. Hoffentlich bleiben Schweden die Erfahrungen erspart, welche in Deutschland zur Besei-

[1]) Vgl. Entwurf eines Gesetzes betr. d. **Kommanditgesellschaften auf** Aktien und die Aktiengesellschaften (Berlin 1883) S. 96 ff.

tigung des früheren, dem vom Entwurfe geplanten ähnlichen Rechtszustandes geführt haben.

Über die Aktien „sollen" nach § 4 des Entwurfes Urkunden ausgestellt werden. Es ist nicht ersichtlich, ob dieses „Sollen" ein „Müssen" ist. Aus der Wahl des Wortes „skola" ist nach Maassgabe der schwedischen Gesetzessprache nichts zu folgern.[1]). Auch dass die Motive (S. 110) die Bestimmung eine „Ordnungsregel" nennen, scheint nicht ohne Weiteres zur Beantwortung der Frage dienen zu dürfen.[2]) Bei der wichtigen Frage wäre aber eine unzweideutige Entscheidung erwünscht.

Vor der Registrirung der Aktiengesellschaft und der Volleinzahlung der Aktien sollen die Aktienurkunden nicht ausgegeben werden. Die vorher auszugebenden Aktienpromessen und Interimsscheine dürfen nicht auf Inhaber, sondern nur auf Namen lauten (§ 4). Aber in beiden Fällen sind nach ausdrücklicher Erklärung der Motive (S. 110) verbotswidrig ausgestellte Urkunden nicht nichtig, sondern es soll nur die allgemeine Vorschrift des § 55 Anwendung finden, nach welcher Vorstandsmitglieder, Liquidatoren und Aktieneigenthümer im Falle der Zuwiderhandlung gegen das Gesetz solidarisch schadenersatzpflichtig sind. Abgesehen davon, dass eine solche Ersatzpflicht nicht hinreicht, um den Übelständen vorzubeugen, welche der Handel mit nicht vollbezahlten Aktien und auf Inhaber lautenden Interimsscheinen und Promessen mit sich bringt, ist auch noch zu bedenken, dass die Ausgabe seitens solcher Personen (z. B. Gründer) erfolgen kann, die nicht nothwendig einer der in § 55 genannten Kategorien angehören.

An den Bestimmungen über die Errichtung der Aktiengesellschaft, welche im Allgemeinen sachgemäss sind, ist namentlich auszusetzen, dass die Verantwortlichkeit der Gründer (stiftarne vgl. §§ 7, 9, 10 u. s. w.) nicht hinreichend klargestellt ist. Die Motive heben (S. 107 f.) mit Recht hervor, dass der Zeitpunkt der Gründung derjenige ist, welcher für das Publikum die grösste Gefährdung bietet. Sie sind in der glücklichen Lage hinzufügen zu können, dass in

---

[1]) Vgl. oben S. 15.

[2]) Für das geltende schwedische Recht scheinen die Motive mit Hagströmer s. 199 die Zulässigkeit von Aktiengesellschaften ohne Ausstellung von Aktienurkunden anzunehmen.

Schweden selbst irgend welche erheblicheren Missstände bisher nicht hervorgetreten seien und dass nur die Vorsicht gebiete, die von andern Ländern gemachten Erfahrungen zu beherzigen. Soll dies aber geschehen, so bedarf es vor allem einer sorgfältigen Regelung der Gründerverantwortlichkeit, die unter Umständen eine strafrechtliche sein muss. Die Bestimmungen des Entwurfes über die Aktenzeichnung (§§ 11, 12) und über die Beschlussfassung seitens einer Generalversammlung der Zeichner hinsichtlich der Errichtung (§§ 13, 14) sind gewiss empfehlenswerth, aber keineswegs hinreichend, um den Gründungs-Missbräuchen vorzubeugen.

Von Organen der Aktiengesellschaft regelt der Entwurf Generalversammlung, Vorstand und Aufsichtsrath.

Die Generalversammlung fasst im Allgemeinen ihre Beschlüsse mit einfacher, übrigens im Gesetz näher geregelter Stimmenmehrheit (§ 26, 5). Nur Beschlüsse, welche die Änderung des Gegenstandes des gesellschaftlichen Betriebes, die Ausgabe von privilegirten Aktien, eine sonstige Statutenänderung oder die Auflösung der Gesellschaft aus anderen als den gesetzlich (§ 45) vorgesehenen Gründen betreffen, sind nach § 26, 3, 4 in gesetzlich qualificirter Art zu fassen: Die beiden ersten Arten nur mit Zustimmung aller Aktionäre oder durch einhelligen Beschluss aller Erschienenen, dann aber auf zwei einander folgenden Generalversammlungen, von denen eine mindestens eine ordentliche sein muss; die beiden letztgenannten Arten nur mit Zustimmung aller Aktionäre oder durch Mehrheitsbeschluss auf zwei einander folgenden Generalversammlungen, von denen eine mindestens eine ordentliche sein und von denen überdies auf der zweiten die Mehrheit der Stimmen zugleich eine Mehrheit der Stimmenden sein muss. Die Gründe, welche gegen das Erforderniss der Einstimmigkeit aller Aktionäre sprechen, brauchen hier nicht nochmals angeführt werden; sie können durch die wenigen Worte der Motive über diese Frage (S. 118) nicht erschüttert werden. Aber sehr auffallend ist doch, dass, wenn man jene Einstimmigkeit für gefordert hielt, man dann gleichwohl dem Verkehrsbedürfniss die Konzession machte, gleichberechtigt neben sie einen andern Modus der Beschlussfassung hinzustellen, welcher sachlich niemals als ein gleichwerthiger anzuerkennen ist. Handelt es sich um Dinge, zu denen jeder Aktionär

seine Zustimmung ertheilen muss, so kann augenscheinlich die mangelnde Zustimmung auch nur eines einzigen durch noch so viele einstimmige Beschlüsse aller übrigen nicht ersetzt werden. Aber noch seltsamer ist es, dass dieser Ersatz eines und desselben Erfordernisses in den verschiedenen Fällen ein verschiedener ist: Zwei Grössen, die einer dritten gleich sind, ohne einander gleich zu sein! Es empfiehlt sich darnach im 3. und 4. Absatz des § 26 je die erste Alternative (verba: „samtlige aktieegarne förenat sig derom eller") zu streichen. Aber auch die Art der Qualificirung der Beschlussfassung durch das Erforderniss ihrer Wiederholung scheint uns keinen glücklichen Griff zu bedeuten. Es ist bekannt, wie lässig zahlreiche Aktionäre in der Wahrnehmung ihrer Rechte insbesondere durch Besuch der Generalversammlung sind. Das Ergebniss des Beschlusses einer solchen von dem Hinzutritt eines weiteren Beschlusses einer zweiten Versammlung abhängig zu machen, dürfte vielfach die Wirkung einer Abschreckung von dem Besuche mindestens der ersten Versammlung haben. Ein einstimmiger Beschluss der auf ordnungsmässige Ladung in einer Generalversammlung Erschienenen, höchstens mit der Maassgabe, dass dieselben einen bestimmten Theil des Aktienkapitals repräsentiren müssen, sollte u. E. auch in den wichtigsten Fragen ausreichend sein.

Die Bestimmungen des Entwurfs über den Vorstand (§§ 31 bis 41) stellen sich in der Hauptsache als eine Kodifizirung dessen dar, was auch in Schweden sonst bisher üblich war (vgl. Hagströmer S. 239 ff.). Entschiedenen Widerspruch fordert nur die Vorschrift des § 31,2 heraus, nach welcher die Mitglieder des Vorstandes in Schweden ansässige, schwedische oder norwegische Unterthanen sein sollen, sofern nicht der König für den besonderen Fall gestattet, dass der Vorstand zu einem bestimmten Theile, höchstens aber zu einem Drittel aus fremden Unterthanen oder im Auslande ansässigen, schwedischen oder norwegischen Unterthanen bestehe. Die Motive haben sich die Begründung dieser Vorschrift sehr leicht gemacht. Sie gehen (S. 122) als von einer selbstverständlichen Regel von dem Satze aus, dass die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft im Allgemeinen Unterthanen des Landes und in dem Lande angesessen sein müssen, in welchem die Gesellschaft ihre Thätigkeit ausübt.

Sie bemühen sich dann nur noch die Ausnahmen zu rechtfertigen, die sie von dieser Regel zulassen wollen. In Wahrheit bedürfte aber die Regel selbst einer besseren Begründung, als sie in der Berufung auf ihre Selbstverständlichkeit enthalten ist. Es ist wohl zu begreifen, wenn das Gesetz Ansässigkeit der Vorstandsmitglieder innerhalb Schwedens fordert, wenngleich die Ausgestaltung auch dieser Bestimmung in ihren Einzelheiten nicht frei von Bedenken ist. [1]) Aber das Erforderniss des Besitzes der schwedischen Staatsangehörigkeit scheint uns den Anschauungen und den Bedürfnissen des modernen Handelsverkehrs nicht zu entsprechen. Es ist nicht abzusehen, warum zwar ein Deutscher mit einem Schweden in Stockholm eine offene Handelsgesellschaft eingehen oder als das einzige, unbeschränkt haftende Mitglied einer Kommanditgesellschaft figuriren, aber nicht, sei es nun allein oder neben einem oder mehreren Schweden, Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft sein soll. Die Gründe, auf welche sich eine solche Unterscheidung stützen könnte, sind uns die Motive schuldig geblieben. So weit wir sehen, würde das schwedische Recht mit ihrer Annahme sich auf einen ziemlich isolirten Standpunkt stellen.

Gleich dem Vorstande ist auch der Aufsichtsrath (§§ 42 – 44)[2]) nach dem Entwurfe (§§ 7 Z. 7, 15,2) ein nothwendiges Organ der Aktiengesellschaft. Die Zahl seiner Mitglieder ist in das freie Belieben der Gesellschaft gestellt. Es sollte doch in Erwägung gezogen werden, ob sich nicht eine Bestimmung, wie die des deutschen Handelsgesetzbuches Art. 224, 191 empfehlen dürfte, nach welcher das Hinuntergehen unter eine gesetzlich bestimmte Mitgliederzahl unzulässig wäre. Ein nur aus einem Mitgliede bestehender Aufsichtsrath wird seiner Aufgabe leicht nicht gewachsen sein und auch hin-

---

[1]) Es ist eine unnöthige Erschwerung, dass jede Ausnahme königlicher Genehmigung bedarf. Auch das gesetzlich festgelegte Maximum von einem Drittel ist zu niedrig.

[2]) Der Entwurf spricht stets nur von „Revisoren“. In den Motiven wird richtig bemerkt, dass durch die vorgeschlagenen Bestimmungen „die Revisionsinstitution den Charakter eines ununterbrochen fungirenden, verantwortlichen Aufsichtsrathes (uppsigtsråd) erhalte“. Handelt es sich auch zunächst nur um eine Frage der Terminologie, so wäre es doch zweckmässig, den Sprachgebrauch des Gesetzes mit seinem Inhalt in Einklang zu setzen.

sichtlich seiner Selbständigkeit dem Vorstande gegenüber geringere Garantien bieten.

Als Auflösungsgründe für die Aktiengesellschaft nennt der Entwurf (§§ 45—47) Verminderung der Aktionäre bis auf weniger als fünf, Verlust des Gesellschaftsvermögens bis zu zwei Dritteln des Grundkapitals oder zu einem geringeren, statutarisch festgesetzten Theile desselben, drei Monate währendes Fehlen eines zum Register angemeldeten, gesetzmässigen Vorstandes und Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft. Nur im letzten Falle tritt die Auflösung ipso iure ein. Im Falle der Nichtbestellung eines Vorstandes ist sie auf Antrag von Aktionären oder Gläubigern durch das Gericht auszusprechen. In den beiden erstgenannten Fällen (§ 45) soll sie anscheinend durch einen auf Grund der vorliegenden Thatsachen zu fassenden Generalversammlungsbeschluss stattfinden. Dies ist daraus zu entnehmen, dass nach § 45 in jenen Fällen, falls die Auflösungsgründe nicht binnen drei Monaten beseitigt werden können, die Gesellschaft „aufgelöst werden soll" und dass für weiter entstehende Verbindlichkeiten diejenigen solidarisch haften sollen, die in Kenntniss der Sachlage an einem Beschlusse über Fortsetzung der Thätigkeit der Gesellschaft theilnehmen.[1]) Entscheidend spricht zu Gunsten dieser Annahme, dass im § 26,$_4$ von einem Generalversammlungsbeschluss betreffend die Auflösung der Gesellschaft aus anderen als den im § 45 erwähnten Ursachen die Rede ist. Wir können den Bestimmungen dieses Paragraphen in mehrfacher Beziehung nicht beipflichten. In den Motiven wird zu ihrer Begründung bemerkt, da eine Aktiengesellschaft aus einer bestimmten Minimalanzahl von Mitgliedern bestehen und ein bestimmtes Betriebskapital als Grundlage für ihre Thätigkeit besitzen solle, so folge daraus, dass, wenn die Zahl der Mitglieder all zu gering geworden oder ein grösserer Theil des Aktienkapitals verloren gegangen sei, die Gesellschaft Existenzberechtigung nicht mehr habe und folglich aufgelöst werden müsse. Diese Begründung ist unzulänglich. Zunächst enthält der Entwurf keine Bestimmung des Inhalts, dass die Aktiengesellschaft aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen müsse. Er schreibt nur vor (§ 7

---

[1]) Auch die Ausdrucksweise der Motive S. 126 weist hierauf hin.

Abs. 2), dass die Gründer mindestens fünf an Zahl sein müssen, aber nicht, dass sie Aktien übernehmen müssen. Nach seiner Fassung wäre es daher sehr wohl denkbar, dass die Zahl der Aktionäre von vornherein weniger als fünf betrüge. Aber auch wenn dem nicht so wäre, vielmehr für die Errichtung der Aktiengesellschaft die Mindestzahl von fünf Aktionären vorgeschrieben wäre, so würde daraus keineswegs folgen, dass die einmal errichtete Gesellschaft mit einer geringeren Zahl von Aktionären nicht weiter bestehen könnte. Aus dem gleichen Grunde ist die Argumentation bezüglich der Wirkung des Vermögensverlustes nicht schlüssig, bei welcher überdies noch die Begriffe Grundkapital und Gesellschaftsvermögen nicht getrennt gehalten sind und welche, wenn zwingend, zuviel beweisen würde, da dann ein jeder Vermögensverlust, nicht erst ein solcher in Höhe von zwei Dritteln des Grundkapitals die Auflösung der Gesellschaft nach sich ziehen müsste. Wollte man indessen die beiden Auflösungsgründe auf Grund der in den Motiven enthaltenen Erwägung gelten lassen, so müssten dieselben ipso iure wirken, da, wenn ein Wegfall der Existenzbedingungen der Gesellschaft gegeben ist, nicht wohl ein „Beschluss über Fortsetzung der Thätigkeit derselben“ möglich sein darf. Wir möchten uns aber principaliter für Streichung des § 45 aussprechen. Für die Frage, inwieweit die Aktiengesellschaft durch Fortfall der Personenvereinigung aufgelöst wird, genügen die allgemeinen Grundsätze für juristische Personen. [1]) Ist das Gesellschaftsvermögen in erheblichem Maasse (etwa, wie der Entwurf will, bis auf ein Drittel des Grundkapitals) vermindert, ohne dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vorliegen, so reicht eine Vorschrift wie die des deutschen Handelsgesetzbuches Art. 240 aus, nach welchem der Vorstand in solchem Falle unverzüglich die Generalversammlung berufen und ihr von der Sachlage Anzeige machen muss. [2])

---

[1]) S. darüber namentlich O. Gierke Genossenschaftstheorie S. 839. Mit dem Entwurfe stimmt im Princip das französische Recht überein. (Gesetz v. 24. Juli 1867 Art. 38.) Ebenso der revid. belgische Code de commerce l. I tit. 9 art. 73.

[2]) Auf dem Standpunkte des Entwurfs stehen in dieser Beziehung das holländische Recht: Wetb. v. kooph. art. 47,2. Vermittelnd der italienische Cod. di comm. (1882) Art. 146,1.2, 189 nr. 5 (darnach auch das rumänische Handelsgesetzbuch von 1887 [übersetzt von Boroschnay] art. 148,1.2, 191 Z. 5) und der portugiesische Codigo commercial (1888) art. 120 nr. 5.

Erwünscht wäre dagegen u. E. die ausdrückliche Aufführung des Beschlusses der Generalversammlung unter den Auflösungsgründen, die der Entwurf augenscheinlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 26,4 für überflüssig hält. Insbesondere wäre auch ein Eingehen auf die vom Entwurfe nicht erwähnte Auflösung durch Fusion geboten.

VI.

Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften — föreningar för ekonomisk verksamhet oder (s. oben S. 11) schlechthin föreningar genannt — sind die letzte der in den schwedischen Kodifikationsplan fallenden Gesellschaftsarten. Sie spielen, wie die sorgfältige Darstellung Hammarskjölds (S. 96 ff.) erkennen lässt, bereits eine bedeutsame Rolle im Wirthschaftsleben Schwedens, ohne doch von der Gesetzgebung in irgend hinreichender Weise berücksichtigt zu sein.

Der vorliegende Entwurf unterscheidet eingetragene und nicht eingetragene Genossenschaften. Für die letzteren trifft er nur zwei Bestimmungen (§§ 57, 58), einmal dass sie nicht Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen, noch vor Gericht oder anderen Behörden Anträge stellen, klagen oder verklagt werden können, sodann dass, wenn in ihrem Namen Verbindlichkeiten eingegangen werden, die Handelnden für sie solidarisch wie für sonstige eigene Schulden haften. (Vgl. §§ 2 und 14 des Entw. zu einem Gesetze über schlichte und Handelsgesellschaften oben S. 9. 11 f.) Eingehend geregelt werden dagegen die eingetragenen Genossenschaften. Der Entwurf unterscheidet drei Arten derselben, je nachdem die Genossenschafter für die Genossenschaftsschulden gar nicht oder beschränkt oder unbeschränkt haften. Er trifft zunächst (§§ 1—38) Bestimmungen „über eingetragene Genossenschaften im Allgemeinen“, denen er dann (§§ 39—43) einige „besondere Bestimmungen über eingetragene Genossenschaften mit persönlich haftbaren Mitgliedern“ folgen lässt, die sich gleichmässig auf die beiden Arten der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter und mit unbeschränkter Haftung der Mitglieder beziehen. Aus den Statuten [1]) und ebenso

[1]) Vgl. Entw. § 3 Z. 5, deren Fassung in formeller Hinsicht freilich zu wünschen übrig lässt.

aus der Firma der Genossenschaft muss hervorgehen, welcher der genannten drei Arten sie angehört. Es entspricht dem System des Entwurfes, dass die Firma eines auf die Haftung bezüglichen Zusatzes nicht bedarf (vgl. § 4 Abs. 3), wenn nur das Vermögen der Genossenschaft selbst für deren Schulden haften soll.[1]) Denn, wie bereits angedeutet, erscheint nach dem Entwurfe die eingetragene Genossenschaft ohne Haftung der Genossen als der Normalfall. Vom Standpunkte der Logik ist daher gegen die in Rede stehende Vorschrift nichts einzuwenden. Um so mehr aber vom Standpunkte der Zweckmässigkeit. Nach dem bisherigen schwedischen Rechte war die bereits sehr verschieden gestaltete[2]) Haftung bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften aus deren Firma nicht oder doch nicht nothwendig zu ersehen. Es besteht daher die Gefahr, dass in Fällen, wo man bisher an eine Haftung der Mitglieder für Genossenschaftsschulden gewöhnt war, das Publikum durch die Führung einer keinen weiteren Zusatz enthaltenden Firma zu der Annahme einer solchen Haftung verleitet werden könnte. Wir möchten daher empfehlen, die Bestimmung des § 4,3 dahin abzuändern, dass im Falle der Nichthaftung der Mitglieder für die Genossenschaftsschulden die Firma ebenfalls einen entsprechenden Zusatz enthalten müsse. Indessen wenn man hierüber verschiedener Meinung sein kann,[3]) so erscheint in einer anderen Beziehung eine Änderung der Vorschriften über die Firma der eingetragenen Genossenschaften als unabweislich. Diese Firma soll (nach § 4,1) das Wort „förening“ (d. i. eigentlich Verein, Genossenschaft, s. aber oben S. 11) enthalten. Das ist aber nicht genug. Vielmehr wäre erforderlich, dass die Firma einer eingetragenen Genossenschaft die Worte „registrerad förening“ (d. i. eingetragene

---

[1]) In dem entgegengesetzten Falle soll der Firma der Zusatz „mit beschränkter Haftbarkeit“, bez. „mit unbeschränkter Haftbarkeit“ beigefügt werden.

[2]) Vgl. Hammarskjöld bilaga s. 101, 125 f., 136 f., 175. Den hier gemachten Mittheilungen gegenüber erscheint die Meinung der Motive (S. 140), dass „nach der allgemeinen Auffassung die Mitglieder einer gegenwärtig bestehenden Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft als nicht persönlich für deren Schulden haftbar angesehen werden“, doch als nicht hinreichend begründet.

[3]) Vgl. die abweichenden Ausführungen der Motive S. 140.

Genossenschaft) enthielte. Durch die Registrirung tritt die Genossenschaft unter die Herrschaft der Bestimmungen des Kap. 1 unseres Entwurfes, erlangt sie die von der Rechtsstellung der im 2. Kap. erwähnten, nicht registrirten Genossenschaften durchaus verschiedene Position. Es ist nothwendig, dass jeder mit ihr in rechtliche Beziehung tretende Dritte in dieser Hinsicht ohne Weiteres der Firma die nöthige Kenntniss zu entnehmen vermag.

Über das Genossenschaftsregister und über die Eintragungen in dasselbe enthält der Entwurf in den §§ 44—53 (s. auch § 54) nähere Vorschriften, welche den für das Aktiengesellschaftsregister gegebenen nachgebildet sind (vgl. Mot. S. 150) und hier nicht weiter besprochen zu werden brauchen. Nur eins sei erwähnt: Die Führung dieser Register soll nach § 44 des Entwurfes dem Befehlshaber des Königs (Konungens Befallningshafvande) obliegen, d. h. in Stockholm dem Oberstatthalter, in den übrigen 24 Regierungsbezirken (Län) dem Landeshauptmann (Landshöfding). Das Centralisirungssystem ist somit hier nicht angenommen, und dem können wir nur zustimmen. Dagegen scheint uns die Abweichung nicht genügend motivirt, welche gleichwohl auch hier von der Einrichtung des Handelsregisters geplant wird. Dieses wird nämlich nach § 1 des Gesetzes vom 13. Juli 1887 zwar ebenfalls für Stockholm beim Oberstatthalteramt und für die ländlichen Distrikte beim Landeshauptmann geführt, dagegen für andere Städte bei deren Magistrat oder in Ermangelung eines solchen bei der zuständigen Stadtobrigkeit. Die Motive zum Genossenschaftsgesetzentwurf (S. 150) bemerken, man habe aus Gründen, die allzu nahe lägen, um einer Auseinandersetzung zu bedürfen, die Führung des Registers untergeordneten Ortsbehörden, wie z. B. Magistraten, nicht anvertrauen zu können geglaubt. Dem gegenüber ist zu sagen, dass die Führung des Genossenschaftsregisters wenig grössere Schwierigkeiten machen und darum mit Fug derselben Behörde überlassen bleiben dürfte, welcher die des Handelsregisters zwecks Eintragung von Firmen und Prokuren, offenen Handels- und Kommanditgesellschaften übertragen worden ist. Die für die Städte (mit Ausnahme von Stockholm) beabsichtigte Trennung der Register, von denen das eine durch den Magistrat, das zweite durch den Landeshauptmann, das dritte endlich durch eine besondere Behörde in Stockholm geführt werden soll, ist

in der Sache nicht begründet und würde schwere Unzuträglichkeiten im Gefolge haben.

Die Betrachtung der „von eingetragenen Genossenschaften im Allgemeinen“ handelnden Paragraphen des Entwurfs ergiebt alsbald, dass dieselben mit den Vorschriften des Aktiengesetzentwurfs in Vielem übereinstimmen. Zu erheblichem Theile sind sie den letzteren ohne Abweichung nachgebildet, und die Motive begnügen sich damit dies einfach hervorzuheben (vgl. §§ 13. 14. 16—22. 26. 27. 29—32. 34. 36—38 und dazu Mot. S. 143 ff.). Zu einem andern Theile weisen sie den Bestimmungen des Aktienrechts gegenüber nur unerhebliche Abweichungen auf (z. B. §§ 12. 15. 25, dazu Mot. S. 143 ff.). In der That ist von dem Standpunkte des Entwurfes aus hiergegen nichts einzuwenden. Denn wenn und soweit eine Haftung der Genossenschafter für die Schulden der Genossenschaft nicht besteht, ist die Ähnlichkeit zwischen dieser und der Aktiengesellschaft begreiflicherweise eine ziemlich grosse (vgl. auch Mot. S. 136). In solchen Genossenschaften tritt auch keineswegs, wie die Motive an anderer Stelle (S. 138) allgemein hervorheben, das persönliche Element so viel mehr hervor als in den Aktiengesellschaften. Ein- und Austritt der Genossen vollziehen sich nicht minder leicht als bei letzteren, die Betheiligung der Mitglieder an der Geschäftsführung der Genossenschaft ist ebenfalls keine lebhaftere, ja, es darf füglich die Frage aufgeworfen werden, ob für die eingetragene Genossenschaft ohne Haftung der Genossen in der vom Entwurf als Normalfall gedachten Art neben der Aktiengesellschaft überhaupt ein Bedürfniss vorhanden ist. Was die erstere von der letzteren hier vorzüglich noch unterscheidet, ist das Fehlen eines bestimmten, den Gläubigern Sicherheit gewährenden, unveränderlichen Kapitals. Wo hinter der Haftung der Genossenschaft die — sei es unbeschränkte oder beschränkte — Haftung der Genossen steht, wird der damit für die Gläubiger verbundene Nachtheil durch den Vortheil dieser Haftung aufgewogen. Wo das aber, wie nach dem Entwurfe, in der Regel nicht der Fall ist, sind die Gläubiger der Genossenschaft auf deren Vermögen als einziges Befriedigungsobjekt hingewiesen, ohne hinsichtlich seiner Erhaltung und Verwendung zu ihren Gunsten die den Gläubigern einer Aktiengesellschaft gewährten Garantien zu besitzen. Man hat, wie eine zunächst auf die Errich-

tung der Genossenschaft sich beziehende Bemerkung der Motive (S. 138 zu § 2) erkennen lässt, Schutzvorschriften zu Gunsten des Publikums bei Genossenschaften für minder nothwendig gehalten als bei Aktiengesellschaften. Diese Anschauung dürfte aber kaum zutreffend sein, wenn auch naturgemäss die Gefahren unsolider Unternehmungen bei den Genossenschaften weniger den Mitgliedern als den mit der Genossenschaft in Beziehung tretenden Dritten drohen.

Einen wirklich selbständigen Gesellschaftstypus stellt auch nach dem vorliegenden Entwurfe die eingetragene Genossenschaft nur dann dar, wenn für die Genossenschaftsschulden ausser der Körperschaft auch deren Mitglieder beschränkt oder unbeschränkt verhaftet sind. Es sind nur fünf Paragraphen (39—43), in denen der Entwurf besondere Vorschriften für diesen Fall trifft. Sie beziehen sich fast durchgängig auf die Haftung der Genossen selbst. Dieselbe ist eine subsidiäre, nur in Verbindung mit dem Konkurse über das Genossenschaftsvermögen geltend zu machende (§ 41 ff., Mot. S. 148 ff.) Der Einzelangriff ist ausgeschlossen. Im Übrigen finden auf die Genossenschaften mit Genossenhaftung die allgemeinen Bestimmungen schlechthin Anwendung. Diese Art der Regelung hat einen erheblichen Nachtheil zur Folge. Die Genossenschaft, deren Mitglieder für die Schulden mithaften, ordnet sich den Rechtsnormen unter, welche ohne Rücksicht auf eine solche Mitgliederhaftung für Genossenschaften schlechthin aufgestellt sind. In ihnen gelangt, wie schon angedeutet, das persönliche Element der Genossenschaft nicht zum genügenden Ausdruck. Das entspricht bei der Genossenschaft ohne Genossenhaftung zum Theil den thatsächlichen Verhältnissen und konnte nur zu der Frage Anlass geben, ob für eine besondere Rechtsfigur hier ein Bedürfniss vorliege. Bei der Genossenschaft mit Genossenhaftung dagegen spielt das persönliche Element eine erheblich grössere Rolle, und seine Ignorirung durch die Rechtsordnung zu Gunsten einer kapitalistischen Anschauung würde eine geradezu unangemessene Regelung der Materie bedingen. Die Vorschriften des Entwurfes lassen die Anschauung erkennen, dass die Haftung der Mitglieder einer eingetragenen Genossenschaft für deren Schulden lediglich ein mehr oder weniger erhebliches Accidens bilde. Diese Anschauung dürfte aber weder in der geschichtlichen Entwicklung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften begründet sein,

noch deren Gestaltung und Bedeutung im Leben der Gegenwart gerecht werden.

Wir sind am Schlusse unserer Betrachtung angelangt. Ein Rückblick auf das Ganze der schwedischen Gesellschaftsgesetzentwürfe von 1890 lässt erkennen, dass dieselben allerdings in manchen, zum Theil nicht unerheblichen Punkten einer Verbesserung fähig und bedürftig sind. Sie unverändert zu Gesetzen zu erheben würde sich u. E. auch nicht durch die Erwägung rechtfertigen, dass selbst ein minder gutes Gesetz dem gänzlichen Mangel an einem ius scriptum vorzuziehen sei. Denn ein Mangel an geschriebenem Recht ist nicht ein Mangel an Recht überhaupt, und die Vorzüge, die zumal auf dem Gebiete des modernen Verkehrsrechts die Codifikation vielfach vor dem ungeschriebenen Rechte hat, werden um den Preis innerer Minderwerthigkeit einer solchen regelmässig zu theuer erkauft sein. Zu bedenken ist dabei namentlich auch, dass ein bisher nur in Praxis und Wissenschaft geübtes und anerkanntes Recht mit seiner Festlegung durch ein Gesetz wesentlich an Elasticität verliert. Wird nun aber die Frage aufgeworfen, ob die vorliegenden Entwürfe geeignet sind, den Ausgangspunkt und die Grundlage für eine Gesetzgebung zu bilden, so glauben wir diese Frage unbedenklich in bejahendem Sinne beantworten zu dürfen. Die in ihnen niedergelegte, legislatorische Arbeit ist eine in formeller wie in materieller Beziehung durchaus Achtung gebietende. Hoffentlich führt sie im weiteren Verfolge recht bald zu einer auch in allen wesentlichen Einzelheiten befriedigenden, gesetzlichen Regelung des schwedischen Gesellschaftsrechts!

DIE VERURTHEILUNG

ZUR

ABGABE VON WILLENSERKLÄRUNGEN

UND

ZU RECHTSHANDLUNGEN.

VON

THEODOR KIPP.

Einleitung.

Drei Stadien des Civilprozesses sind es, in denen seine Bedeutung für das materielle Privatrecht, dem er dient, am hellsten zu Tage tritt: die Einführung des materiellen Rechtsverhältnisses in den Prozess, das Urtheil und die Zwangsvollstreckung. Von diesen haben Prozessbeginn und Urtheil von jeher sich der genauesten Aufmerksamkeit der Civilisten zu erfreuen gehabt. Nicht so die Zwangsvollstreckung. Und doch ist sie die eigentliche Bekrönung des prozessualen Gebäudes; denn erst das Recht der Zwangsvollstreckung zeigt, was der Prozess für die Durchsetzung des privatrechtlichen Anspruches zu leisten im Stande ist. Und der Einfluss, welchen manche Akte der Zwangsvollstreckung auf den in ihr befangenen Anspruch ausüben, ist nicht minder tief und interessant, wie derjenige des Prozessbeginnes und des Urtheils.

Die gegenwärtige Abhandlung stellt sich zur Aufgabe, die Verwirklichung des Rechtes auf Willenserklärungen und solche Rechtshandlungen, welche mehr sind als reine Willenserklärungen, einer Untersuchung zu unterziehen, bei welcher der erste Punkt, die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung und die Vollstreckung eines solchen Urtheils gemäss § 779 C.-Pr.-O. in den Mittelpunkt gestellt werden soll. Der angeführte Paragraph bestimmt:

> „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist.
>
> Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung."

Soweit der hiermit aufgestellte Grundsatz reicht, hat das richterliche Urtheil die vollkommenste Wirkung, welche sich denken lässt. Es ist in gewissem Sinne ein Gegenstück zu dem Gesetz, welches schon die Römer als das vollkommene bezeichnen. Wie dort kraft allgemeinen Rechtssatzes eine dem Verbot zuwider abgegebene Willenserklärung vom Rechte ignorirt, ihr die Wirkung versagt wird, welche sie herbeiführen will, so tritt hier kraft konkreten Gebotes des Richters, wenn eine Willenserklärung rechtlicher Verpflichtung zuwider nicht abgegeben ist, die Wirkung, welche sie herbeiführen sollte, ebenso ein, wie wenn sie abgegeben wäre. Wie die lex perfecta nicht Thatsachen, welche sich zugetragen haben, aus der Welt schaffen, sondern nur Rechtsfolgen versagen kann, so kann das richterliche Urtheil — und das wird als die Schranke der Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. genauer zu verfolgen sein — dem Kläger nicht das geringste thatsächliche Moment ersetzen, wenn er an diesem, und nicht blos an seinen Rechtsfolgen ein Interesse hat; es kann ihm nur die Rechtsfolgen verleihen, deren Begründung durch Willenserklärung der Beklagte verweigert. Diese aber unter Verzicht auf die Erklärung an den Richterspruch zu knüpfen, hat das Recht immer die Macht, eben weil es sich dabei innerhalb seines eigensten Gebietes bewegt, und es ist vollkommen berechtigt, wenn die Motive zur C.-Pr.-O. [1]) sagen, dass es den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen würde, wenn man einen Zwang zur Erwirkung der Erklärung anwenden wollte. Diese Begründung ist kurz und schlagend; dürftig vermögen wir sie nicht zu finden [2]).

Der § 779 C.-Pr.-O. lehnt sich bewusst an die Bestimmungen des preussischen Grundbuchrechtes, nach welchen bei vielen, freilich keineswegs allen, Eintragungen und Löschungen im Grundbuche die erforderliche Einwilligung eines Betheiligten durch dessen rechtskräftige Verurtheilung zur Einwilligung ersetzt wird. [3])

[1]) S. 443 (Hahn, Materialien S. 466).

[2]) Gegen Degenkolb, Archiv f. d. civ. Praxis B. 71 S. 75.

[3]) Vgl. Motive a. a. O., Ges. v. 24. V. 1853 betr. einige Abänderungen der Hypothekenordnung vom 20. XII. 1783 § 32, Ges. v. 21. III. 1868 betr. die Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern in Neuvorpommern und Rügen § 96, Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. v. 5. V. 1872 §§ 3. 14. 19 Nr. 2. 53. 65 Abs. 2, Grundbuchordn. §§ 53. 85. 94 Nr. 2. Vgl. Turnau, Grundbuchordnung, zu § 48. Anm. II, 2 S. 190.

Wenn man aber unter Bezugnahme auf diese Bestimmungen oft sagt, der Grundsatz der C.-Pr.-O. verdanke dem preussischen Rechte seine Entstehung [1], oder: aus Rücksicht gegen die preussische Gesetzgebung werde die Willenserklärung anders behandelt als die Handlung,[2] so übersieht man, dass auch andere deutsche Rechte im Gebiete des Grund- und Hypothekenbuchwesens den gleichen oder doch ähnlichen Grundsätzen folgen, so das sächsische [3], hannoversche [4], braunschweigische [5], und dass auch ausserhalb des Grundbuchrechtes der Satz der C.-Pr.-O. nicht ohne Anhalt im früheren deutschen Rechte ist.

Allerdings das römische Recht ist von einem solchen Grundsatz weit entfernt. Es wendet bekanntlich auch da, wo auf Abgabe einer Willenserklärung, z. B. auf eine Stipulation oder Acceptilation geklagt wird, im Formularprozesse nur den in der drohenden Geldcondemnation liegenden Zwang an, um die Willenserklärung zu erzielen, und wenn im Cognitionenverfahren vom cogere zur Abgabe einer Willenserklärung die Rede ist, so haben wir keinerlei Gründe, darunter etwas anderes als den indirekten Zwang durch multa und pignoris capio zu verstehen.

Nichts zeigt deutlicher die Scheu des römischen Rechts davor, die Willenserklärung durch das sie gebietende Dekret ersetzen zu lassen, als etwa die Bestimmung über den Zwang zur auctoritatis interpositio gegen den Frauentutor.[6] Zwar ist es vollkommen begreiflich, dass man nicht sogleich dazu schritt, die auctoritas tutoris allgemein für überflüssig zu erklären, die Frauentutel also zu beseitigen, sondern dass zunächst der Prätor dem Tutor die Ertheilung der auctoritas im Einzelfalle auf Grund angestellter Prüfung der Sachlage [7]) befahl. Das Bemerkenswerthe ist nur, dass der Prätor nicht auf Grund des Dekrets seine Jurisdiction so handhabt, wie wenn die

[1]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312.

[2]) Endemann zu § 779 B. 3 S. 330.

[3]) Sächs. B. G.-B. §§ 277. 395. 460. 508. 514.

[4]) Ges. üb. das Pfandrecht vom 14. Dec. 1864 §§ 32. 76.

[5]) C.-Pr.-O. vom 19. III. 1850 § 381.

[6]) Gai. I, 190. 192. II, 122.

[7]) Saepe . . . cogitur. Gai. I, 190 vgl. 192.

auctoritas gegeben wäre, sondern dass Zwangsmassregeln von immerhin nicht ganz sicherer Wirkung eintreten.[1])

Justinian bestimmte (C. 3, 28, 36 § 2a), dass, wenn der eingesetzte Erbe, dem ein Querelberechtigter gegenübertritt, nicht binnen bestimmter Zeit die Erbschaft antritt, er dazu gezwungen werden soll: *per officium quidem iudicis scriptum (heredem) compelli hoc facere.* Wenn man darüber streitet, ob hierbei dem Eingesetzten das Präjudiz der Antretung oder das der Ausschlagung der Erbschaft zu stellen sei,[2]) so möchten wir dem gegenüber glauben, dass die Bestimmung überhaupt ein durch den Richter zu stellendes Präjudiz nicht vorsieht; vielmehr soll dem Erben durch das Unterpersonal des Gerichts mit nichtgenannten Pressionsmitteln die Antretungserklärung abgenöthigt werden.[3]) Ebenso bedeuten in C. 6, 61, 8 § 1a (Justinian) die Worte: *necessitate per officium patri imponenda tantummodo filio consentire vel agenti vel fugienti, ne iudicium sine patria voluntate videatur consistere,* dass die reale Zustimmung des Vaters zu der Prozessführung des Sohnes erforderlich ist, aber dem Vater durch das Exekutionspersonal abgenöthigt werden soll.

Nur in vereinzelten Fällen findet sich, dass die Willenserklärung, auf deren Abgabe das Verfahren sich richtet, durch Dekret ersetzt werden kann. So in dem Verfahren behufs Erwirkung der cautio damni infecti[4]); so ferner in den bekannten Fällen im Prozess um fideikommissarisch vermachte Freilassung; aber charakteristisch genug

---

[1]) Handelte es sich um auctoritas zu einem Testament, so gab zwar der Prätor auch ohne sie b. p. sec. tab., aber fraglich, ob eine gegen den Civilerben wirksame. Gai. II, 118—122.

[2]) Windscheid, Pandekten B. 3 § 584[12] und die dort Angeführten. Unzner, die querela inofficiosi (München 1891) S. 60 ff.

[3]) *Per officium iudicis*, nicht *officio iudicis!* Vgl. C. 8, 22, (23) 2 pr. (Alexander): *Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit, venumdari solet.* C. 4, 15, 3 (Gord.): *ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur.*

[4]) Schon lex Rubr. c. 20 giebt actio ficticia, wie wenn die Caution geleistet wäre, wenn vor der Befolgung des sie anordnenden Dekretes ein Schade eintritt. Ueber das hadrianische Edikt: D. 39, 2, 7 pr. D. 43, 4, 4 §§ 2. 3. (Ulp.) Das Nähere bei Burckhard, cautio damni infecti S. 584 ff., 603 ff. Zu beachten bleibt übrigens, dass die actio in gewissen Fällen auch ohne den Cautionsbefehl gegeben wird. Burckhard S. 620 ff.

ersetzt hier der Magistrat die Freilassungserklärung des anwesenden erklärungsfähigen Beklagten nicht, diesen zwingt er, sie selbst abzugeben [1]), und nur bei Abwesenheit des Beklagten oder dessen Kindheit, Wahnsinn oder ähnlichen Hindernissen tritt die Freiheit durch Spruch des Magistrates ein [2]). Auch der Zwang zur Antretung und Restitution der Erbschaft auf Klage des Universalfideikommissars ist im allgemeinen als Zwang zur realen Abgabe dieser Erklärungen zu verstehen. [3]) Nur in Ausnahmefällen werden sie fingirt [4]) und so auch auf Grund des Contumacialurtheils bei Ausbleiben des Beklagten vor oder nach der Litiscontestation [5]). Mögen sich auch noch einige andere Erschein-

---

[1]) C. 7, 4, 11 § 1 (Diocl.): *si tibi deberi libertatem perspexerit, ad manumittendum eum qui debet urgueat, vel si latitet, contra latitantem interposito decreto tibi prospiciat.* Nämlich in dem letzteren Falle soll nach dem S.-C. Rubrianum (D. 40, 5, 26 § 7) verfahren werden, während der anwesende Beklagte zu der realen Erklärung gedrängt werden soll.

[2]) Ungehorsames Ausbleiben: S.-C. Rubrian. D. 40, 5, 26 § 7. fr. 28 § 1, Abwesenheit ex iusta causa: S.-C. Dasumian. D. 40, 5, 51 §§ 4. 6, S.-C. Juncian. D. 40, 5, 28 § 4, Kindheit, Wahnsinn, Taubheit, Stummheit, Tod ohne Erben: D. 40, 5, 30 §§ 1—14 (Ulp.).

[3]) Jussu prätoris adire (Gai 2, 258, J. 2, 23 § 6) heisst auf Befehl des Prätors antreten, cogere adire et restituere (z. B. D. 36, 1, 4 [Ulp.]) muss bis zum Gegenbeweise vom Zwang zur realen Antretung und Restitutionserklärung verstanden werden, und nichts deutet an, dass der Zwang zum Antritt ein anderer sei, als der zur Erfüllung einer dem Erben auferlegten Bedingung (z. B. D. 36, 1, 65 (63) § 7), während in letzterer Beziehung doch nur an Zwang zur realen Erfüllung gedacht werden kann. Auch die Ausnahmebestimmungen bestätigen als Regel, dass die Antretungs- und Restitutionserklärung unerlässlich war. Danach kann Ubbelohde, Archiv f. d. civil. Praxis B. 61 S. 75, welcher es für sehr wohl möglich erklärt, dass kraft des iussus praetoris die Antretung ohne weiteres als geschehen galt, nicht beigetreten werden.

[4]) D. 29, 1, 13 § 4 (Ulp.). fr. 14 (Maecian.). C. 6, 49, 7 (Justinian.). D. 36, 1, 69 (67) pr. (Valens). fr. 46 (44) pr. (Marcell.).

[5]) C. 6, 49, 7 § 1 b. c. Zwar ist bestritten, ob hier von ungehorsamem Ausbleiben im Prozess die Rede und Contumacialurtheil erforderlich sei. Dafür Brinz, Pandekten B. 3 S. 443 [35]. Dagegen Windscheid, Pandekten B. 3 § 666 [9], welcher den Fall dahin formulirt: „wenn der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistiger Weise entzieht“, Dernburg, Pandekten B. 3 § 131, 4, welcher „bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter“ Uebergang der Erbschaft auf den Fideikommissar „ohne Restitution oder Urtheil“ annimmt. Allein die Erbfolge des Fideikommissars stände praktisch auf einer sehr unsichern Grundlage, wenn nicht durch das gegen den Fiduciar erlassene Urtheil (mit Wirkung gegen Dritte) die Antretung und Restitution fingirt

ungen gleicher Art nachweisen lassen, so wird es sich dabei doch immer nur, wie in den angeführten Fällen, um ausnahmsweise für besondere Verhältnisse getroffene Anordnungen handeln können.

Allerdings sind nicht blos die Klagen auf reine Willenserklärungen in Betracht zu ziehen, sondern auch diejenigen auf Herausgabe einer Sache, sofern sie nicht blos zum Zwecke der Herstellung des einem bestehenden Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustandes, sondern zum Zwecke der Konstituirung eines Rechtsverhältnisses, z. B. zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, begehrt wird. Wenn es richtig ist, dass auch in solchen Fällen schon nach justinianischem Rechte auf die Sache selbst erkannt und das Urtheil durch gerichtliche Wegnahme und Uebergabe an den Kläger vollstreckt wurde, [1]) so surrogirte

würde, sondern der Fideikommissar z. B. jedem einzelnen Erbschaftsschuldner den Beweis führen müsste, dass der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistiger Weise entzogen habe, oder dass er ohne Vertreter abwesend sei; zudem sind beide Voraussetzungen sehr unbestimmte. Nach der Ausdrucksweise Justinians: *cum .... dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit* (§ 1 b.), und: *sive per contumaciam afuerit* (§ 1 c), kann es kaum zweifelhaft sein, dass das Ausbleiben im Prozess trotz richterlicher Ladung gemeint ist; denn dies ist der technische Sinn des per contumaciam abesse (D. 42, 1, 53 § 1 [Hermog.]), und es ist demnach unberechtigt, wenn Windscheid a. a. O. sagt, die hier vertretene Meinung habe in den Worten der Stelle keinen Anhalt. Dass nun gegen den Ausgebliebenen ein Spruch gefällt wurde, ähnlich wie nach dem S.-C. Rubrianum, wird nicht zu bezweifeln sein, wenn wir auch nicht wissen, wie derselbe des Genaueren zu lauten hatte. Ist es aber das Contumacialurtheil in dem auf die Antretung und Restitution gerichteten Prozesse, welches diese Erklärungen ersetzt, so sollte in heutigen Pandektenlehrbüchern der ganze Satz keine selbstständige Stelle mehr einnehmen. Er ist durch die C.-Pr.-O. beseitigt. Heutzutage ist auf die Klage des Fideikommissars beim Ausbleiben des Beklagten das regelmässige Versäumnissurtheil nach § 296 C.-Pr.-O. zu erlassen, und nicht mehr auf Justinians Vorschrift, sondern auf § 779 C.-Pr.-O. beruht es, dass dieses die Erklärung ersetzt. Dem Abwesenden eine Klage zuzustellen, gibt es nach C.-Pr.-O. Mittel; auch kann den Fideikommissar unter Umständen der Antrag auf Bestellung eines Vormundes für den abwesenden Fiduciar nach Massgabe von Vorm.-O. §§ 82. 83 Abs. 3 zum Ziele führen. In den gewiss sehr seltenen Fällen, in welchen alle diese Mittel versagen, ist ihm freilich nicht zu helfen.

[1]) Dafür Puchta, Institutionen B. 1 § 188, Wächter, Erörterungen H. 2 S. 27 [17], Bethmann-Hollweg, Civilprozess B. 3 S. 293. 313 f., Wetzell, Civilprozess § 50 S. 647. Den Gegnern dieser Meinung (Sintenis, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. B. 11 S. 20 ff., bes. S. 72 ff., Ziebarth, Real-

dieser Akt die auf Eigenthumsübertragung gerichtete Willenserklärung des Beklagten.[1] Aber dabei versteckt sich diese Funktion der Zwangsvollstreckung hinter der Wegnahme der Sache, und es ist nicht erlaubt, daraus über die sonst bezeugten Fälle hinaus auf die Befugniss des Richters zu schliessen, reine Willenserklärungen des Beklagten durch sein Dekret zu ersetzen.

Der gemeine Civilprozess kannte nach der regelmässigen Darstellung diese Befugniss des Richters ebenfalls nicht. Man unterschied gewöhnlich Zwangsvollstreckung wegen Geldleistungen (oder wegen Leistung von Geld und anderen Fungibilien), wegen Leistung anderer Sachen und wegen Handlungen und Unterlassungen.[2] Für die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Sachen war anerkannt, dass die gerichtliche Wegnahme der Sache den juristischen Erfolg hatte, welchen die Uebergabe von seiten des Beklagten nach Lage des Falles gehabt haben würde, also die entsprechende Willenserklärung des Beklagten ersetzte.[3] Dagegen werden in dem Kreise der Handlungen die Willenserklärungen regelmässig nicht besonders behandelt, so dass also auch bei ihnen die gewöhnlichen Mittel der Zwangsvollstreckung wegen Handlungen anwendbar erscheinen müssen.[4]

Völlig anders lehrt Osterloh:[5] „Ist der Schuldner zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, so ist zu unterscheiden, ob der

---

exekution S. 158ff., Renaud, Lehrbuch des Civilprozessrechts § 170[7]) ist zuzugeben, dass die dafür gewöhnlich augeführten Beläge (J. 4, 6 § 32, C. 7,4,17. 7,45,14 [Justinian.]) keineswegs zwingend sind. Auch Nov. 167 (forma praef: praet.), worin Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 313[11] eine ausdrückliche Bezeugung des Satzes sieht, ist nicht von zweifelloser Deutlichkeit. Genauere Untersuchung würde hier zu weit führen.

[1]) Wächter a. a. O. S. 31, Bethmann-Hollweg a. a. O. B. 3. S. 313 f., Wetzell a. a. O.

[2]) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §§ 270 ff., Heffter, System des Civilprozessrechtes § 518, A. C. J. Schmid, Handbuch des Civilprozesses B. 3 § 224, Bayer, Vorträge §§ 333 ff., Osterloh, Lehrbuch des Civilprozesses B. 2 §§ 233 ff., Renaud a. a. O. §§ 167 ff., Wetzell a. a. O. § 50.

[3]) Wächter a. a. O. S. 21 ff., Osterloh a. a. O. § 234 (vgl. Note 8 das.), Renaud a. a. O. S. 471. f., Wetzell a. a. O. S. 647.

[4]) Martin a. a. O. § 273, Heffter a. a. O. S. 633, A. C. J. Schmid, a. a. O. S. 347 f., Bayer a. a. O. § 336, Renaud a. a. O. § 171, Wetzell, a. a. O. S. 649 f.

[5]) A. a. O. § 235 S. 162.

Zweck der Hülfsvollstreckung durch die Fiction ihrer Vornahme erreicht wird oder nicht. Im ersteren Fall" — der bei jedem Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung vorliegt — „spricht der Richter den Eintritt dieser Fiction nach Ablauf der Paritionsfrist ohne Weiteres aus" und zwar, wie Osterloh hinzufügt, der Kürze halber gewöhnlich schon im Voraus im Urtheil selbst. [1])

Man sollte aber auch bei den anderen Prozessualisten fast irre daran werden, ob sie die Willenserklärung wirklich den Vorschriften der Exekution wegen Handlungen unterwerfen wollen, und nicht vielmehr die Willenserklärung in der traditionellen Darstellung des Exekutionsrechtes übersehen wurde, [2]) wenn man betrachtet, wie völlig unbefangen zahlreiche Civilisten auf dem Boden des gemeinen Rechts bei vielen einzelnen Willenserklärungen aussprechen, dass, wenn der zu ihrer Abgabe Verurtheilte dem Urtheil nicht nachkomme, der Richter durch Dekret die Willenserklärung ersetze. Dies geschieht namentlich bei der Verurtheilung zur Bestellung einer Servitut, [3]) einer Emphyteuse [4]) oder Superficies [5]), zur Cession einer Forderung, [6]) auch

[1]) Osterloh bemerkt dazu (Anm. 1), dass dies nach J. R.-A. § 159 ohnehin geschehen sollte. Dieser § sagt aber nur, dass die Androhung der Exekution auf den Fall der Nichtbefolgung des Urtheils innerhalb der Paritionsfrist schon im Endurtheil erfolgen soll; von dem von Osterloh behaupteten Exekutionsmodus ist dabei nicht die Rede.

[2]) Auch Menger, Arch. f. d. civ. Praxis. B. 55 (1872) S. 390 ff. räumt in der als erschöpfend gedachten Aufzählung von Urtheilsinhalten der Willenserklärung keinen Platz ein und lässt sie bei der Darstellung der Zwangsvollstreckung unbeachtet, trotzdem ihm, wie die sonstige eingehende Berücksichtigung zeigt, der norddeutsche Entwurf und der deutsche von 1871 vorlag, welche den Grundsatz des § 779 C.-Pr.-O. bereits enthalten (nordd. Entw. § 1059, deutsch. Entw. § 699).

[3]) Savigny, Obligationen B. 1 S. 379, Puchta, Pandekten § 187 a. E., Arndts, Pandekten § 188 h, Wächter, Pandekten B. 2 S. 253, welche annehmen, dass ein entsprechender Bescheid nach dem Urtheil ergeht, Windscheid, Pandekten (5. Aufl.) B. 1 § 214 [2] (unabhängig von C.-Pr.-O.), welcher sagt, dass der Richter im Voraus die Servitut für bestellt erkläre, wenn der Verurtheilte die Bestellung nicht vornehmen sollte.

[4]) Arndts a. a. O. § 198 [e], Windscheid a. a. O. B. 1 § 221 [3].

[5]) Windscheid a. a. O. B. 1 § 223 [13].

[6]) Mühlenbruch, Cession § 40 S. 451, Windscheid a. a. O. B. 2 § 330 [9].

allgemein bei der Verurtheilung zum Abschluss eines Vertrages,[1]) bei Verurtheilung des Erben zur Antretung der Erbschaft auf Klage des Universalfideikommissars.[2]) Die Begründung dieser Aufstellungen ist freilich, wenn sie nicht ganz ohne Gründe vorgetragen werden, sehr dürftig. Windscheid sagt bei den Servituten, der Richter müsse die Befugniss zu einer solchen Ergänzung der Willenserklärung des Verurtheilten in gleicher Weise haben, wie er sie bei der Eigenthumsübertragung habe, auch bei der Emphyteuse wird von ihm nur auf das bei Servituten und Eigenthum Bemerkte, bei der Superficies auf die Emphyteuse verwiesen. Bei der Cession erfolgt Verweisung auf die Eigenthumsübertragung, beim Vertragsschluss auf das bei ihr und den anderen genannten dinglichen Rechten Gesagte, bei dem Universalfideikommiss auf die Bestellung von Servituten und Emphyteuse. Die ganze Begründung reduzirt sich also ausschliesslich darauf, dass, was bei der Eigenthumsübertragung gelte, bei den andern genannten Akten nicht anders sein könne. Dass aber dieser Schluss nicht stichhaltig ist, liegt auf der Hand; denn nur bei dem Eigenthum, nicht bei jenen andern Akten handelt es sich um Vollstreckung des Urtheils durch Wegnahme einer Sache[3]) und es ist bereits hervorgehoben, dass, was bei dieser gilt, keinen Schluss auf die Ergänzung der reinen Willenserklärung durch Richterspruch zulässt.

Indessen da das Ziel dieser Arbeit auf die Untersuchung des geltenden Rechtes gerichtet ist, so mag es dahin gestellt bleiben, wie weit die Tendenz, das auf Willenserklärung gerichtete Urtheil mit dem einfachen und unfehlbaren Mittel der Fiction zu vollstrecken, in der deutschen Doktrin zurückgeht, und inwieweit ihr eine gemeinrechtliche Praxis zur Seite stand. Partikularrechtlich kam diese

---

[1]) Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen H. 1 S. 131, Windscheid a. a. O. B. 2 § 310 [2]. Dagegen Göppert, Krit. V.-J.-Schr. B. 14 S. 412 f., Degenkolb, Archiv f. d. civil. Praxis B. 71 S. 45 [67], S. 78 [43].

[2]) Holzschuher, Theorie und Kasuistik B. 2 § 199 zu 11 Note **, Ubbelohde, Archiv f. d. civ. Praxis B. 61 S. 76, Windscheid, a. a. O. B. 3 § 664 [7], Wächter a. a. O. B. 2. S. 822, Brinz, Pandekten B. 3,1 S. 448 f. Brinz spricht auch von der Verurtheilung zur Restitutionserklärung.

[3]) Windscheid verlangt für die Konstituirung von Servituten, Superficies und Emphyteuse keine Tradition, a. a. O. B. 1 § 212 [1], § 221 [3], § 223 [12].

Exekutionsweise jedenfalls vor. Vollkommen durchgebildet war sie im kgl. sächsischen Rechte. Das Exekutionsgesetz vom 28. Februar 1838 bestimmt im § 70:

„Kann der Zweck der Entscheidung erreicht werden, wenn die vorzunehmende Handlung im Unterlassungsfalle für geleistet geachtet wird (z. B. bei der Verurtheilung zur Auflassung der Lehen an einem Grundstück, zur Erklärung wegen Bestellung oder Löschung einer Hypothek und dergleichen), so ist dem Verpflichteten die Vollziehung der Handlung lediglich mit der Andeutung aufzulegen, dass selbige, wenn er sie binnen der dazu eingeräumten Frist nicht vornehmen würde, für wirklich vollzogen werde geachtet werden.

Diese Andeutung tritt nach Ablauf der Frist, wenn die Auflage unbefolgt geblieben ist, ohne Weiteres in Kraft. Es haben aber die Gerichte und Spruchbehörden in dergleichen Fällen die Erkenntnisse künftig so zu fassen, dass es einer solchen Auflage nicht erst bedarf."

Die letzte Bestimmung sollte bedeuten, dass schon das Urtheil die Auflage und das Präjudiz in sich aufnehmen solle;[1]) es ist also genau das Verfahren, welches Osterloh, der Leipziger Lehrer des Prozessrechtes, als das gemeinrechtliche hinstellt.[2]) Zwischen diesem Verfahren und demjenigen der C.-Pr.-O. besteht aber noch der grosse Unterschied, dass nach jenem das Urtheil dem Beklagten die Abgabe der Willenserklärung wirklich gebietet, und erst wenn diesem Gebote innerhalb der Paritionsfrist nicht gehorcht wird, die Willenserklärung als abgegeben gilt, während nach dem Rechte der C.-Pr.-O. dieser Erfolg unmittelbar durch die Rechtskraft des Urtheils herbeigeführt wird, ein Fortschritt, welcher vollkommen in der Konsequenz des ganzen Vollstreckungssystems der C.-Pr.-O. liegt, welche Paritionsfristen überall nicht kennt.

---

[1]) Beck, das Exekutionsgesetz vom 28. Febr. 1838 (Leipz. 1839) S. 81.

[2]) Der Entwurf einer bürgerlichen Prozessordnung von 1865 § 1183 giebt im Wesentlichen die Bestimmungen des Exekutionsgesetzes wieder, jedoch mit dem Hinzufügen, dass nach erfolglosem Ablaufe der Frist dem Kläger auf Verlangen über die Nichtbefolgung des Urtheils und darüber, dass die Handlung als geschehen zu betrachten sei, ein Zeugniss ausgestellt werden sollte. Vgl. auch den schleswig-holsteinischen Entwurf eines Gesetzes betr. das Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten von 1849 § 278, wonach die zu erzwingende Handlung in geeigneten Fällen für geschehen vom Gericht erklärt werden kann.

I.

Die Wirkungen der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

Soll die Verurtheilung zu Willenserklärungen nach dem Rechte der C.-Pr.-O. genauer betrachtet werden, so wird es sich empfehlen, zunächst die Wirkungen eines solchen Urtheils zu untersuchen, und erst dann zu fragen, welche Erklärungen als Willenserklärungen im Sinne des § 779 der C.-Pr.-O. anzusehen sind. Denn da der Paragraph selbst keinerlei Auskunft hierüber giebt, so kann nur aus den Wirkungen, welche er dem Urtheil beilegt, ermessen werden, welche Erklärungen er im Auge gehabt haben kann und welche nicht. Wir sprechen dabei zunächst ausschliesslich von dem Urtheil, welches unbeschränkt zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, die Willenserklärung nicht von einer Gegenleistung abhängig macht, und ausschliesslich von dem rechtskräftigen Urtheil; die Frage, ob und mit welchen Wirkungen ein Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, bleibt vorerst ausser Ansatz.

Die Wirkung des Urtheils besteht in der Fiction der Willenserklärung. Dass es eine Fiction ist, hoffen wir später zu erweisen, und gestatten uns deshalb schon jetzt diesen Ausdruck.

Die Willenserklärung gilt als abgegeben, „sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“ Es bedarf also dazu nicht der Ertheilung der Vollstreckungsklausel. Zwar fasst die C.-Pr.-O. die Fiction der Willenserklärung ausweislich der Stellung, welche sie dem § 779 gegeben hat, als einen Akt der Zwangsvollstreckung auf, und es wird sich auch bei der Besprechung der Wirkung des Urtheils gegen Dritte ergeben, dass dies keineswegs gleichgültig ist. Aber es handelt sich doch um eine unmittelbare Wirkung des richterlichen Gebotes, welche die eigentliche Zwangsvollstreckung überflüssig macht, wie denn auch die Motive[1]) mit Recht sagen, dass die Willenserklärung vermöge der Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O. der Zwangsvollstreckung ganz entzogen wird. Die Voll-

[1]) S. 443. (Hahn, Materialien S. 466).

streckungsklausel aber ist ihrem eigentlichen Zwecke nach Grundlage für die auf das Urtheil folgenden Zwangsvollstreckungsakte (§ 662 C.-Pr.-O.), wenn sie auch, wie § 779 Abs. 1 Satz 2 lehrt, zu anderen Zwecken vorkommen kann. Es war also ganz sachgemäss, dass die C.-Pr.-O. die hier fragliche Wirkung des Urtheils selbst an die Rechtskraft und nicht erst an die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung knüpfte. Wenn diese Auffassung noch der Bestätigung bedarf, so liegt sie darin, dass für den Fall der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Fiction ausnahmsweise und aus besonderen Gründen erst mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eintreten soll, eine Ausnahme, welche später zu besprechen sein wird. Auch die Zustellung des Urtheils, soweit sie nicht mitbedingend für den Eintritt seiner Rechtskraft ist, ist gemäss § 283 Abs. 2 C.-Pr.-O. nicht erforderlich. Denn die Vorschrift des § 671 Abs. 1 C.-Pr.-O., welche vorherige oder gleichzeitige Zustellung des Urtheils für den Beginn der Zwangsvollstreckung fordert, trifft nur Zwangsvollstreckungsakte auf Grund des Urtheils, deren es hier eben nicht bedarf. Das Zeugniss des Gerichtsschreibers über die Rechtskraft des Urtheils (§ 646 C.-Pr.-O.) wird der Kläger zum Beweise brauchen; konstitutiv für die Fiction der Willenserklärung ist es selbstverständlich nicht.

Die Willenserklärung gilt also als abgegeben *mit dem Augenblick, wo das Urtheil die Rechtskraft erlangt.* Dies ist für die ganze Auffassung des Urtheils höchst bedeutsam. Denn wir haben es angesichts dieser Bestimmung mit einem Urtheil zu thun, welches die Befolgung des Gebotes, das es an den Beklagten richtet, nicht bloss nicht ernstlich fordert, sondern genau besehen geradezu unmöglich macht. Solange das Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, besteht die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung, die es auferlegt, als eine urtheilsmässige Verbindlichkeit zweifellos noch nicht. Sobald aber das Urtheil rechtskräftig ist, und nun bei Urtheilen andern Inhalts die urtheilsmässige Verbindlichkeit zur Erfüllung des Judikates gegeben wäre, spricht das Recht aus, dass es die Willenserklärung in Wahrheit nicht mehr begehrt, sondern ohne sie die sonst an sie gebundenen Folgen eintreten sollen. Daraus folgt, dass die im Urtheil gebotene Willens-

erklärung als eine rechtswirksame überhaupt nicht mehr abgegeben werden kann; denn die Wirkung, welche durch das Urtheil begründet ist, kann nicht noch einmal durch die Willenserklärung selbst begründet werden. Es ergiebt sich also als eine reine Formalität, dass das Urtheil dem Beklagten die Abgabe der Willenserklärung aufgiebt; es könnte ebenso gut aussprechen, dass die Erklärung mit der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben gelten werde; denn es würde damit nur deutlicher bezeichnen, was nach Inhalt des Gesetzes auch das zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilende Erkenntniss sagen würde, und es kann dem Richter unmöglich verboten sein, diese Verdeutlichung vorzunehmen, auch wenn er damit in der Form von dem Klagantrage abweicht. Er spricht damit dem Kläger nicht etwas zu, was dieser nicht beantragt hätte (§ 279 C.-Pr.-O.), sondern wendet nur das Gesetz auf den Klagantrag an. Er verletzt nicht das materielle Recht, auf welchem die Klage ruht, sondern verwirklicht nur das klägerische Recht auf die Willenserklärung des Beklagten in der einzigen Art, welche das Prozessrecht kennt. Umgekehrt, wenn das Gesetz vom 6. Februar 1875 § 32 sagt: „Im Falle der Versagung der Einwilligung zur Eheschliessung steht dem grossjährigen Kinde die Klage auf richterliche Ergänzung zu," so ist diese Bestimmung zwar durch die C.-Pr.-O. nicht geändert [1]); aber angesichts des § 779 C.-Pr.-O. ist es gleichgültige Formfrage geworden, ob jetzt das Urtheil ausspricht, dass es die Einwilligung ergänze, oder, dieselbe solle mit Rechtskraft des Urtheils als erklärt gelten, oder endlich, ob es den Beklagten zur Einwilligung verurtheilt.

Das Urtheil ist also nur scheinbar kondemnatorisch; in Wahrheit verlangt es von dem Beklagten nichts, sondern ordnet nur den Eintritt der Folgen an, welche die Erklärung haben würde, und es ist in gewissem Sinne ganz richtig, wenn Degenkolb [2]) sagt, die Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O. trage in sich den Zerstörungskeim für die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen; wiewohl nicht in dem Sinne, dass, wie Degenkolb behauptet, das Recht in gesetzgeberischer Folgerichtigkeit die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen streichen müsste. Denn es ist für die materiell-

[1]) § 13. E.-G. zur C.-Pr.-O.

[2]) Archiv f. d. civ. Praxis B. 71 S. 75.

rechtliche Verpflichtung nicht wesentlich, dass es prozessuale Mittel giebt, ihre naturale Erfüllung zu erwirken.[1]) Sie kann materiellrechtlich bestehen bleiben, trotzdem das Prozessrecht nur die Erwirkung eines Surrogates für sie kennt. Das ist bei der Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung durch Herausgabe der Sache und bei der Verpflichtung zu einer s. g. vertretbaren Handlung nicht anders. Im ersten Falle kann der Kläger nicht die Traditionserklärung des Beklagten, sondern nur die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 769 C.-Pr.-O.), im zweiten Falle nur Geld, nämlich die Kosten der Handlung eines Dritten (§ 773 C.-Pr.-O.), oder in beiden Fällen Geld, nämlich das Interesse (§ 778 C.-Pr.-O.) erstreiten. Dennoch wird man nicht sagen wollen, dass dabei die Verpflichtung zur Tradition oder zur Handlung konsequenter Weise nicht bestehen könnte. Ebenso kann die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung materiellrechtlich bestehen, trotzdem der Prozess niemals zu ihrer Erwirkung, sondern nur zur Schöpfung ihrer Rechtsfolgen durch Richterspruch führt.

Das Urtheil ist aber auch kein Feststellungsurtheil. Denkt man es deklaratorisch, so wäre es allerdings, wie Degenkolb[2]) sagt, ein Widerspruch, durch dasselbe den Anspruch auf Erklärung umschlagen zu lassen in den durch jene Erklärung erst zu vermittelnden rechtlichen Erfolg. Das Urtheil kann nicht die Folgen der Erklärung als bestehende feststellen; denn sie sind nicht vorhanden. Sie sollten durch die Erklärung des Beklagten begründet werden und werden nun statt dessen durch das Urtheil begründet. Das Urtheil wirkt konstitutiv. Es gehört zu den Urtheilen, welche weder blosse Feststellung, noch Verurtheilung zu einer Leistung aussprechen, sondern — ohne zu verurtheilen — den Eintritt von Rechtswirkungen gebieten.

Der Kreis dieser Urtheile ist gross. Aus dem römischen Recht gehört hierher das Theilungsurteil in seiner adjudicatorischen Funktion, der Spruch der Centumvirn auf Vernichtung des Testaments bei der querela inofficiosi testamenti[3]) und die Wiedereinsetzung in den

[1]) Vgl. auch Degenkolb selbst a. a. O. S. 77, 8 S. 46 unt.

[2]) A. a. O. S. 75.

[3]) Dass auf die querela inofficiosi testamenti ein Ausspruch der Centumvirn erging, durch welchen das Testament vernichtet wurde, ist nach D. 5, 2, 17. 19 (Paul.) doch wohl zweifellos; vgl. bes. Bekker, Aktionen B. 1 S. 276 ff. Zweifelhaft kann nur sein, ob dieser Spruch Endurtheil sein konnte

vorigen Stand, bei welcher das prätorische Dekret nur diese Funktion hat, wenn es sich auf die Anordnung der rechtlichen Wiedereinsetzung beschränkt, und dieselbe Funktion auch hat, wenn es zugleich über die Realrestitution etwas befiehlt. Wach[1]) nennt als Beispiele von Urtheilen, in denen es sich lediglich „um Rechtsnormirung, nicht um Thatbestandsveränderung handelt,“ diejenigen, welche auf Supplirung eines Konsenses, Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, Liberation, Aufhebung eines Schiedsspruchs (§§ 867. 870 C.-Pr.-O.), Ehescheidung, Auflösung einer Genossenschaft nach § 35 R.-Ges. v. 4. Juli 1868[2]), Entziehung eines Rechts, wie nach R.-Bankgesetz § 49. 50, gerichtet sind, und stellt ihnen auch das zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilende zur Seite. Was die Urtheile auf Aufhebung eines Rechtsverhältnisses angeht, so können als Beispiele sowohl die materiellrechtliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dienen, wie das Urtheil auf Aufhebung eines Dienstverhältnisses nach Art. 62 ff. H.-G.-B., auf Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 125. 170. 200 H.-G.-B., oder auf Ausschliessung eines Gesellschafters nach Art. 128. 170. 200 H.-G.-B. Im Entmündigungsverfahren gehört hierher das Urtheil, welches der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluss statt giebt (§§ 605. 624 C.-Pr.-O.); denn die Entmündigung bestand (§ 603 Abs. 2. § 623 Abs. 2 C.-Pr.-O.) und soll durch das Urtheil beseitigt werden; desgleichen das Urtheil auf Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 620. 626 C.-Pr.-O.); im Aufgebotsverfahren das Ausschlussurtheil (§§ 829. 848 C.-Pr.-O.); denn es entzieht bestehende Rechte; das Urtheil, welches der Anfechtungsklage gegen das Ausschlussurtheil statt giebt (§§ 834. 848 Abs. 3 C.-Pr.-O.); denn es stellt den Rechtszustand vor dem Ausschlussurtheil wieder her; im schiedsgerichtlichen Verfahren nicht bloss das von Wach genannte Urtheil, welches den Schiedsspruch aufhebt, sondern auch dasjenige, welches einen Schiedsrichter ernennt (§ 855 Abs. 2. §§ 857. 871 Abs. 1 C.-Pr.-O.[3])

oder Interlocut in einem zugleich auf Herausgabe des Erbtheils gerichteten Verfahren sein musste. Vgl. zu dieser Streitfrage Windscheid, Pandekten B. 3 § 584 [13], Unzner, die querela inofficiosi S. 21 ff.

[1]) Handbuch B. 1 S. 12.

[2]) Ist jetzt nicht mehr Civilprozesssache (Ges. v. 1. Mai 1889 § 79.)

[3]) Die Anfechtungsklage gegen den Beschluss einer Generalversammlung

Das Gesagte wird genügen, um daran zu erinnern, dass die fragliche Art von Urtheilen als eine selbstständige, gleichberechtigte neben den kondemnatorischen und den Feststellungsurtheilen steht.

Man wird auch nicht der Auffassung von Fitting[1]) folgen können, welcher meint, dass die Klagen, bei denen es sich um die Schaffung neuer oder um die Aufhebung bestehender privatrechtlicher Verhältnisse handelt, das natürliche Gebiet des Civilprozesses überschreiten, auf der Grenze der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit liegen, zum Civilprozesse wesentlich nur gehören, weil sie diesem eben durch Unterwerfung unter seine Formen vom geltenden Rechte zugetheilt sind, weil der Fall wichtig genug erscheint, um die staatliche Mitwirkung den Gerichten zuzuweisen und an die schützenden Formen des Civilprozesses zu binden. Gewiss sind manche unter den aufgezählten Fällen, auf welche diese Bemerkungen passen, z. B. die genannten Entscheidungen im Entmündigungsverfahren[2]), die ehemalige Auflösung der Genossenschaft durch Richterspruch auf Betreiben der höheren Verwaltungsbehörde nach § 35 Genoss.-Ges. vom 4. VII. 1868, die Entziehung des Notenrechts auf Klage des Reichskanzlers oder der Regierung des Bundesstaats nach §§ 49. 50 des Bankgesetzes. Aber es finden sich doch auch eine ganze Reihe rein privatrechtlicher Ansprüche darunter, namentlich der auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auf Aufhebung eines Dienstverhältnisses, einer Gesellschaft u. s. w., deren Verweisung in den Civilprozess um nichts weniger natürlich ist, als die eines beliebigen Leistungsanspruches aus privatrechtlichem Titel. Dass der Gegenstand dieser Ansprüche nicht thatsächliche Realisirung eines bestehenden, sondern Schöpfung oder Zerstörung eines Privatrechtsver-

wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages (Statuts) nach Art. 190a. 222 H.-G.-B. (Ges. v. 18. VII. 1884) und § 49 Genossensch.-Ges. v. 1. V. 89, welche Seuffert, Grünhuts Zeitschr. B. 12 S. 629 hierherzustellen scheint, sind doch wohl Feststellungsklagen. Der Beschluss wird als ungiltig angefochten. Die Aktiennovelle hatte nicht die Absicht, mit diesem Anfechtungsrecht etwas Neues zu schaffen, sondern wollte nur das als bestehend vorausgesetzte Recht der Aktionäre, Beschlüsse der fraglichen Art „als einen sie verbindenden Willen der Gesellschaft nicht gelten zu lassen“, reguliren. Motive (Busch's Archiv f. Handels- u. Wechselrecht B. 44) S. 236 f.

[1]) Der Reichscivilprozess § 1 S. 10.

[2]) Darüber vgl. auch Seuffert a. a. O.

hältnisses ist, ist nicht geeignet, ihre Legitimation zum Civilprozesswege in Zweifel zu stellen; man würde mit dem zu Beweisenden argumentiren, wenn man sagen wollte, dass eigentlich nur Feststellungen und Kondemnationen Sache des Civilprozesses seien.

Wenn aber auch das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, zu diesem Kreise der rein „rechtsnormirenden" Urtheile gehört, so nimmt es doch in diesem Kreise eine merkwürdige Sonderstellung ein.

Bei manchen der oben genannten Klagen kann die Rechtsfolge, auf deren Begründung durch Richterspruch geklagt wird, durch Parteierklärung gar nicht geschaffen werden, z. B. bei der Ehescheidung, bei den genannten Klagen im Entmündigungsverfahren. Aber auch soweit dies möglich ist, geht doch die Klage grundsätzlich auf die Begründung der Rechtsfolge durch Richterspruch, und es heisst nicht sowohl den Klaganspruch erfüllen, als vielmehr auf indirektem Wege den Prozess gegenstandslos machen, wenn der Beklagte sich dazu versteht, die vom Kläger begehrte Rechtsfolge durch seine Willenserklärung zu begründen, z. B. wenn der Beklagte einwilligt, das Dienstverhältniss aufzuheben, auf dessen Aufhebung geklagt ist, oder aus der Gesellschaft auszuscheiden, aus der er ausgeschlossen werden sollte. Bei der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung dagegen richtet sich der Anspruch des Klägers von materiellen Rechtes wegen auf die Willenserklärung des Beklagten, und deren Abgabe ist Erfüllung des Klaganspruches; die richterliche Willenserklärung ist nur das prozessuale Surrogat für die Parteierklärung.

Dem entspricht vollkommen, dass die oben erwähnten Urtheile sämmtlich auf den Eintritt ganz bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind, welche aus dem Inhalt des Urtheils abgelesen werden können, wohingegen das Urtheil, welches den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, nur blanketmässig den Eintritt der Folgen verordnet, welche die Abgabe der Willenserklärung durch den Beklagten herbeigeführt haben würde, ohne das geringste darüber zu entscheiden, welche Folgen dies sind, und ohne um Haaresbreite über die Wirkungen hinauszugehen, welche die Willenserklärung des Beklagten selbst hervorgerufen haben würde. Die Willenserklärung des Beklagten gilt als

abgegeben, nichts mehr und nichts weniger ist Sinn und Kraft des Urtheils.

Das Urtheil wirkt zuvörderst nicht mehr als die Willenserklärung des Beklagten. Es kann daher namentlich nicht zugegeben werden, dass das Urtheil die zur Wirksamkeit der Willenserklärung erforderliche Genehmigung einer Aufsichtsbehörde, insbesondere des Vormundschaftsgerichts ersetzte, wie das von Falkmann[1]) unter Berufung auf Förster-Eccius[2]) behauptet wird. Wie käme das Prozessgericht dazu, hier dem Vormundschaftsrichter sein Amt aus der Hand zu winden? Die Sachlage ist vielmehr die, dass in Fällen dieser Art das Recht eine Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung gar nicht anerkennen kann, wenn nicht schon die Uebernahme dieser Verpflichtung von dem Vormundschaftsgerichte genehmigt ist. Denn sonst wäre die Bestimmung, dass das Rechtsgeschäft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts untersteht, illusorisch. Der Vormund brauchte nur sich im Namen des Mündels zur Abgabe der Willenserklärung zu verpflichten und ein dem entsprechendes Versäumnissurtheil ergehen zu lassen, um der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes auszuweichen. Eine Klage z. B. auf Auflassung oder Bewilligung einer Hypothek ist daher abzuweisen, wenn nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Vertrage beigebracht ist, auf welchen sie sich stützt.[3])

Sodann: das Urtheil entscheidet nicht, welches die Folgen der Willenserklärung sind; es beschränkt sich auf die Anordnung, dass sie eintreten sollen, welche immer es sein mögen. Geht der Klagantrag auf Herstellung bestimmter Rechtsfolgen oder zugleich auf Erfüllung der durch die Willenserklärung zu übernehmenden Verpflichtung, so liegt etwas anderes oder mehr vor als Klage auf

[1]) Zwangsvollstreckung S. 313.

[2]) Preussisches Privatrecht Band 1 § 56 S. 292[5]. Das dort Gesagte scheint mir nicht recht verständlich und vielleicht ein Versehen enthaltend: „Das Urtheil wirkt selbst dann, . . . wenn die Abgabe der Erklärung noch nicht verpflichten würde, falls nicht dem Willen des Erklärenden eine genehmigende Erklärung einer Aufsichtsbehörde, insbesondere des Vormundschaftsgerichts, hinzutreten muss. Vgl. Vorm.-O. § 42 Ziffer 4. 5. Die Verurtheilung geht auf eine verbindliche Erklärung.“ Soll es heissen: „hinzuträte“? Nur dann hätte Falkmann mit Recht sich auf diese Autorität berufen.

[3]) Vorm.-O. § 42 No. 5.

Abgabe der Willenserklärung, und zwar im ersten Falle Klage auf Rechtsverschaffung, welche, wovon noch später Gebrauch zu machen sein wird, von der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung wesentlich verschieden ist. Im zweiten Falle ist mit der Klage auf Willenserklärung eine Leistungsklage verbunden. Vielfach wird die Klage auf die Leistung schon aus demselben Grunde erhoben werden können, aus welchem auf die Willenserklärung geklagt wird, so dass diese oder ihre Fiction zur Begründung der Leistungsklage gar nicht nothwendig ist. In diesem Falle ist selbstverständlich die Verbindung der Leistungsklage mit der Klage auf Willenserklärung völlig unbedenklich. So z. B. wenn aus Kauf Auflassung und zugleich Uebergabe des Grundstücks verlangt wird. Wenn bei einem fest geschlossenen mündlichen Vertrage schriftliche „Reproduktion" vereinbart ist, so kann aus dem mündlichen Vertrage ebensowohl direkt auf Erfüllung, wie auf Errichtung des schriftlichen Vertrages geklagt werden. [1]) Vielfach gehört aber die Willenserklärung auch wirklich zur Begründung des Anspruches auf die Leistung, und wo dies der Fall ist, wird, wenn die Leistungsklage zugleich mit der Klage auf die Willenserklärung erhoben wird, in Gestalt der ersteren eine zur Zeit der Klageerhebung noch nicht begründete, sondern erst demnächst zu begründende Klage erhoben. Z. B. hat der Universalfideikommissar den Anspruch auf die Restitutionserklärung und die Herausgabe dessen, was der eingesetzte Erbe von der Erbschaft in Händen hat, nicht unvermittelt, sondern erst auf Grund der Antretung des Erben. Würde er vor Antretung der Erbschaft lediglich auf die Restitutionserklärung (und die Herausgabe) klagen, ohne zugleich die Verurtheilung zur Antretung zu begehren, so würde sich seine Klage als zur Zeit unbegründet herausstellen. Denn gerade von der Vorstellung aus, dass das Vermächtniss nicht ohne den Antritt der Erbschaft wirksam sein kann, kam das römische Recht dazu, dem Universalvermächtnissnehmer ein Recht auf den Antritt des Fiduciarerben zu verleihen. [2])

---

[1]) Vgl. Degenkolb, Archiv für d. civil. Praxis, Band 71 S. 90 ff., 159 ff.; Dernburg, Pandekten Band 2 § 10 S. 26; Windscheid, Pandekten Band 2 § 310 [8]. Zu näherer Ausführung ist hier nicht der Ort.

[2]) Vgl. D. 29, 4, 17 (Gai.), Gai. II, 258 (S.-C. Pegas.), D. 36, 2, 7 pr. (Ulp.): *Heredis aditio moram legati . . . petitioni facit.*

Aber der Universalvermächtnissnehmer steht wegen dieses Rechtes auf den Antritt, wegen seines Rechtsanspruches auf Begründung des Fideikommissanspruches selbst, ganz anders da, als jemand, der zur Zeit ohne jeden Rechtsgrund einen Anspruch erhebt. Darum behandelt das römische Recht den Anspruch auf Antritt und denjenigen auf Restitution in so ständiger enger Zusammenstellung, dass an der Zulässigkeit ihrer Verbindung in einem und demselben Prozess nicht gezweifelt werden kann.[1]) Auch sonst hat das römische Recht nichts dagegen einzuwenden, dass, wenn ein Rechtsanspruch zur Zeit als solcher nicht besteht, der Kläger aber ein Recht auf seine Begründung hat, die Klage auf Begründung des Anspruches und diejenige auf dessen Erfüllung zu einem Verfahren verbunden werden. Man braucht hierfür nur auf das Wiedereinsetzungsverfahren zu verweisen, in welchem die Klage auf Erfüllung des durch die Wiedereinsetzung erst zu schaffenden Anspruchs zwar zu besonderem iudicium rescissorium verwiesen werden, aber auch in einem Verfahren mit der Wiedereinsetzung selbst vom Prätor erledigt werden kann,[2]) oder auf die querela inofficiosi testamenti, mit welcher die hereditatis petitio nicht blos verbunden werden kann, sondern nach manchen sogar verbunden werden muss.[3]) Danach kann es nach gemeinem Rechte keinen Zweifel leiden, dass auch mit jeder Klage auf eine Willenserklärung die Klage auf Realisirung ihrer Folgen verbunden werden kann. Ist auch der Grund dieser Klage, die Willenserklärung, noch nicht da, so muss es doch genügen, dass der Grund des Grundes, der Anspruch auf die Willenserklärung, vorhanden ist.

Wo aber ausschliesslich auf Abgabe der Willenserklärung geklagt ist, da gewährt das Urtheil nur die Fiction der Willenserklärung. Welches ihre Wirkungen sind, unterliegt künftigem Prozess, in welchem nur das erstrittene Urtheil gleich der realen Erklärung des Beklagten Verwerthung findet.

Dem entsprechend beantwortet sich insbesondere auch die Frage, inwiefern der Beklagte haftet, wenn die Willenserklärung, zu der er verurtheilt ist, und die nunmehr als abgegeben gilt, nicht die

---

[1]) Gai II, 258, D. 39, 2, 17 (Ulp.), D. 36, 1, 2 (Cels.). fr. 4. fr. 6 pr. §§ 4. 5. fr. 9 pr. fr. 11 § 1 (Ulp.).

[2]) Z. B. D. 4, 4, 13 § 1 (Ulp.).

[3]) Vgl. oben S. 56[3].

normalen Rechtsfolgen hervorbringen kann, oder wenn das Objekt der Willenserklärung an thatsächlichen Mängeln leidet. Grundsatz muss hier sein, dass der Beklagte gerade so haftet, wie wenn er die Erklärung wirklich abgegeben hätte. Ob und wie weit er danach haftet, darüber ist mit dem Urtheil nichts entschieden. Ist er z. B. verurtheilt, dem Kläger ein Grundstück aufzulassen, oder ihm eine Servitut an demselben zu bestellen, und ist er nicht Eigenthümer, so beurtheilt sich die Frage, ob und inwieweit er Schadensersatz zu leisten hat, nach dem Rechtsverhältniss, auf welchem die Verurtheilung ruht, insbesondere anders, wenn die Verurtheilung auf Grund Kaufes, anders, wenn dieselbe auf Grund einer Schenkung erging. Keineswegs kann man sagen, dass mit der rechtskräftigen Verurtheilung zur Auflassung oder zur Bestellung der Servitut die Interesseklage von selbst gegeben sei für den Fall, dass dem Kläger das Eigenthum oder die Servitut nicht verschafft worden ist. Wenn § 778 C.-Pr.-O. sagt, dass durch die Bestimmungen des dritten Abschnittes im achten Buch, zu welchem § 779 C.-Pr.-O. gehört, das Recht des Gläubigers nicht berührt wird, die Leistung des Interesses zu verlangen, so ist damit nur gesagt, dass sie es nicht nehmen, wo es nach bürgerlichem Rechte besteht, nicht aber, dass sie es geben, wo es danach fehlt. Es ist auch beachtenswerth, dass die erwähnte Bestimmung derjenigen des § 779 vorangeht, ein Zeichen, dass man der Ansicht war, wo auf Willenserklärung geurtheilt sei, könne die Interesseklage überhaupt nicht die Rolle spielen, wie bei der Vollstreckung eines Urtheils, das auf Herausgabe oder Leistung von Sachen, auf Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet sei. Und ganz mit Recht; denn in jenen Fällen ist es möglich, dass die zwangsweise Verwirklichung des Urtheilsinhaltes versagt oder als zu weitläufig, aussichtslos, vom Gläubiger nicht gewünscht und der sonstigen Zwangsvollstreckung die Interesseklage vorgezogen wird. Nur von dieser Interesseklage spricht § 778 C.-Pr.-O. Ist dagegen der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 779 verurtheilt, so ist der Gegenstand der Verurtheilung stets und unmittelbar durch das Urtheil verwirklicht, oder vielmehr ersetzt; es kann also nie davon die Rede sein, dass der Kläger statt auf die Willenserklärung zu dringen, das Interesse wählen könnte.



Die Interesseklage, welche sich an das Urtheil auf Willenserklärung anschliessen kann, steht auf einer ganz anderen Stufe. Sie will nicht Ersatz für die fehlende Willenserklärung, sondern sie stellt sich auf den Boden, dass die Willenserklärung da ist, aber dem Rechte des Klägers nicht genügt. Sie ist dieselbe, welche sich auch in anderen Fällen nach Befolgung des Judikats oder vollkommener Durchführung der Zwangsvollstreckung ergeben kann, z. B. wenn der Verkäufer verurtheilt ist, zu liefern, und das Kaufobjekt geliefert hat, oder ihm dasselbe weggenommen und dem Käufer übergeben ist, und wenn nun das Objekt evincirt wird oder sich als mangelhaft herausstellt. Ob und inwieweit der Beklagte hierfür haftet, ist in dem ersten Urtheile nicht entschieden, sondern lediglich Sache des zweiten Prozesses.[1]) Ebenso steht durch das Urtheil, welches den Verkäufer oder aus sonst einem Grunde Verpflichteten zur Auflassung oder Servitutbestellung verurtheilt, rechtskräftig nur diese Verpflichtung fest, deren Erfüllung, die Auflassung oder Servitutbestellung, mit dem Urtheil von selbst gegeben ist. Ueber die Haftung für rechtliche und thatsächliche Mängel ist weder verhandelt noch entschieden; dies ist Sache einer völlig selbstständigen zweiten Klage. Ist jemand rechtskräftig verurtheilt, mir eine Forderung zu cediren, so gilt die Cession als erfolgt; damit ist das Judikat erfüllt; ob und wieweit er mir aber haftet, wenn sich die cedirte Forderung als nicht bestehend oder als uneinbringlich herausstellt, richtet sich lediglich nach dem unterliegenden Rechtsverhältniss, ohne dass die Rechtskraft des ergangenen Urtheils darauf Einfluss hätte.

Wenn der I. Senat des Reichsgerichtes[2]) sagt, es sei im gemeinen Recht von jeher als ganz selbstverständlich angesehen, dass, wenn die zur Erzwingung einer Handlung des Schuldners zulässigen, indirekten Zwangsmassregeln ohne Erfolg erschöpft waren, oder wenn die Anwendung von Zwangsmitteln überhaupt für unzulässig erachtet wurde, der Gläubiger das Interesse statt der Erfüllung fordern dürfe, so ist eben wohl zu beachten, dass hier von Interesseklage wegen Nichterfüllung des Urtheils die Rede ist, nicht von der Interesse-

[1]) Für welchen der ausschliessliche Gerichtsstand des § 778 C.-Pr.-O. (vgl. § 707 C.-Pr.-O.) nicht gilt.

[2]) Urth. v. 3. X. 83, Entsch. Bd. 10 S. 178.

klage trotz der Erfüllung des Urtheils auf den Grund, dass dem Kläger noch Ansprüche verblieben sind. Die Entscheidung steht also mit der hier vertretenen Ansicht nicht im Widerspruch.

Wohl dagegen hat der V. Senat des Reichsgerichtes,[1]) allerdings in einer landrechtlichen Sache, aber mit einer von den Bestimmungen dieses Partikularrechts unabhängigen Begründung, eine Entscheidung gefällt, welche der Interesseklage eine viel weitere Anwendung zuspricht. Es wurde geklagt auf das Interesse wegen Nichterfüllung der dem Beklagten vertrags- und judikatmässig obliegenden Verpflichtung, ein dem Kläger vertauschtes und in Erfüllung des Tauschvertrages übergebenes Grundstück dem Kläger aufzulassen. Die Beklagten waren nämlich im Grundbuche nicht als Eigenthümer des Tauschobjektes eingetragen und konnten ihre Legitimation als Rechtsnachfolger der als Eigenthümer eingetragenen Personen nicht führen. Das Reichsgericht hat diese Klage für begründet angesehen. Aus den Entscheidungsgründen interessiren hier folgende Sätze: Die Interesseklage könne dem Gläubiger jedenfalls dann nicht versagt werden, wenn die zunächst gegen den zu einer Handlung Verurtheilten angewendeten Vollstreckungsmittel (§ 774 C.-Pr.-O.) nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt haben. In diesem Falle bilde die Interesseklage das nothwendige, weil allein mögliche, Surrogat für die Vollstreckung des Urtheils, welches sich als unausführbar erwiesen habe. Ein Gleiches müsse aber aus dem gleichen Grunde gelten, wenn die Handlung, zu deren Leistung der Beklagte verurtheilt ist, überhaupt nicht erzwingbar ist, weil dieselbe weder von einem Dritten vorgenommen werden kann (§ 773 C.-Pr.-O.), noch ausschliesslich von dem Willen des Verpflichteten abhängig ist. Hierfür wird auf die obige Entscheidung des I. Senates Bezug genommen, und sodann nach einer Reihe partikularrechtlicher Erwägungen darauf hingewiesen: „dass auch die Judikatsklage nur ein Mittel ist, das den Gegenstand der Verurtheilung bildende Recht zu verwirklichen. und zwar das einzige Mittel, wo die Naturalleistung selbst nicht erzwingbar ist. Erleidet auch die ursprüngliche Obligation durch das verurtheilende Judikat keine Veränderung dem Grunde nach, so gewinnt sie doch

[1]) Urth. v. 3. X. 88, Entsch. Bd. 22 S. 255 ff.

dadurch Eigenschaften, die ihr bis dahin fehlten, vor allem die Vollstreckbarkeit, und ein Ausfluss dieser Eigenschaft ist es, dass, wenn die durch das Gesetz gegebenen Zwangsmittel versagen, die Interesseforderung eintritt. Die Besonderheit der Judikatsobligation gestattet nicht, die Zulässigkeit der Interesseforderung lediglich von dem Standpunkt der ursprünglichen Obligation zu beurtheilen."

Im Ergebniss wird man gegen die Entscheidung, dass die Beklagten auf Grund Tauschvertrages das Interesse wegen mangelnder Erfüllung zu leisten hatten, nichts einzuwenden haben; aber die Begründung giebt doch zu Bedenken Anlass. Denn dieselbe lässt sich kaum anders als dahin verstehen, dass überall, wo der Beklagte zur Auflassung verurtheilt ist, aber sich nicht als Eigenthümer legitimiren kann, die Interesseklage eintrete ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldgrund, vielmehr als Ausfluss der durch das Urtheil geschaffenen Vollstreckbarkeit der Forderung. Dies kann nicht zugegeben werden. Es beruht auf der Annahme, dass der zur Auflassung Verurtheilte nicht bloss zur Abgabe der Auflassungserklärung, sondern auch schlechtweg zur Herstellung der Voraussetzungen verurtheilt ist, von deren Vorhandensein eine wirksame Auflassung abhängt, mag er sie herstellen können oder nicht. Ausdrücklich hat das Kammergericht [1]) ausgesprochen, dass durch die Verurtheilung „aufzulassen" die Beklagten verurtheilt seien, „nicht bloss die formelle Erklärung des Auflassungswillens abzugeben, sondern auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, durch welche ihre Auflassungserklärung erst ermöglicht beziehentlich geeignet wird, die Eintragung des Klägers im Grundbuche herbeizuführen." Der Gerichtshof hat deshalb auf Grund eines solchen Urtheils Zwangsvollstreckung aus § 774 C.-Pr.-O. in der Richtung zugelassen, dass die Beklagten angehalten würden, dem Kläger eine Erbbescheinigung für sie als Erben der eingetragenen Eigenthümerin des Grundstückes zu beschaffen, eine Bescheinigung, deren Beschaffung im vorliegenden Falle als ausschliesslich von ihrem Willen abhängig angesehen wurde. Wenn diese Auffassung richtig ist, so muss sie aber auch zu der Konsequenz führen, dass der Be-

[1]) Beschl. vom 4. VII. 1889. Zeitschrift f. C.-Pr., Band 16 S. 161 ff. Vgl. ebenso für die Verurtheilung zur Abtretung einer Hypothek O.-L.-G. Jena 1. IX. 86, Thür. Blätter Band 34 S. 271.

klagte, welcher, zur Auflassung verurtheilt, die erforderlichen Legitimationen nicht beschaffen kann, unweigerlich zur Leistung des Interesses ohne jede Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldgrund zu verurtheilen ist. Denn die Unmöglichkeit, dem Anspruche zu genügen, stellt einen Einwand gegen den Anspruch selbst dar, welcher gegenüber der Zwangsvollstreckung, soweit er überhaupt civilrechtlich befreiend wirkt, nur gehört wird, wenn er nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urtheil entstanden ist (§ 686 C.-Pr.-O.). Diese Präklusion wirkt zu Gunsten der judikatmässigen Interesseklage so gut, wie zu Gunsten der Realexekution.

Nun denke man sich den Fall, dass jemand, der Erbe des eingetragenen Eigenthümers zu sein glaubt, ein Grundstück durch gültigen Schenkungsvertrag verschenkt und demnächst zur Auflassung verurtheilt wird, nachdem die Parteien lediglich über die Rechtsbeständigkeit des Schenkungsvertrages gestritten haben, und die Frage der Gewährleistung für den Fall, dass der Beklagte gar nicht Erbe sei, überhaupt nicht zur Sprache gebracht ist. Nach der Auffassung der genannten beiden hohen Gerichtshöfe kommt man dahin, den Schenker auf das volle Interesse haften zu lassen, wenn ihm die Erbeslegitimation misslingt, trotzdem dem Schenker als solchem diese Haftung nur unter besonderen Voraussetzungen obliegt [1]), und das Gericht in dem lediglich auf Auflassung lautenden Urtheile seine Ansicht über diesen Punkt, der im gemeinen Rechte streitig ist, nicht gesagt, auch gar nicht zu sagen Veranlassung und keine Gelegenheit hatte, das Vorliegen etwaiger die Eviktionshaftung begründender Umstände zu prüfen.

Eben wegen dieser unerträglichen Consequenz ist jene Auffassung, die auf den ersten Blick bestechend sein mag, unhaltbar, und zu sagen, dass, wer zur Auflassung verurtheilt wurde, eben nur zur Abgabe der Auflassungserklärung verurtheilt ist; nur hierauf ging der Klagantrag, nur hierüber ist verhandelt, nur dies kann der Anspruch sein, auf welchen sich nach § 293 C.-Pr.-O. die Rechtskraft beschränkt. [2]) Stellt sich heraus, dass die nunmehr als abgegeben geltende

---

[1]) Für das preussische Recht: A. L.-R. I, 11, 1083 ff.

[2]) Darum hat in dem Falle, welcher dem Kammergericht vorlag, das Landgericht ganz mit Recht gesagt, dass die Beklagten auf Grund des gegen

Auflassungserklärung unwirksam ist, weil es an ihren Voraussetzungen in der Person des Beklagten fehlt, so muss der Kläger auf Grund des ursprünglichen Verpflichtungsgrundes, der insoweit keine Verstärkung erfahren hat, auf die Herstellung der erforderlichen Voraussetzungen, eventuell auf das Interesse klagen, soweit eben der Verpflichtungsgrund diese Anträge rechtfertigt. Dass es für den Kläger unangenehm ist, dieses zweiten Prozesses zu benöthigen, ist unzweifelhaft, aber es ist seine eigene Schuld. Er hätte ja schon in dem ersten Prozesse die erforderlichen Anträge stellen können; denn er konnte sich durch Einsicht in das Grundbuch davon überzeugen, ob der Beklagte eingetragener Eigenthümer war oder nicht.[1]) Dann wäre diese Frage zur Verhandlung gekommen; der Kläger, welcher Auflassung verlangen kann, kann unzweifelhaft von dem Beklagten die vorbereitenden Schritte verlangen, welche die Auflassung wirksam machen; er kann dies Verlangen in den Klagantrag aufnehmen, und es ist dann, aber auch nur dann, Sache des Beklagten, als Einwand geltend zu machen, dass er jene Schritte nicht vornehmen könne, worauf zu entscheiden ist, ob ihn dies befreit. Was aber der Kläger nun und nimmermehr verlangen kann, ist, dass der Beklagte als zu diesen vorbereitenden Schritten verurtheilt angesehen werde, mit der Wirkung des Verlustes der Einrede der befreienden Unmöglichkeit, ohne dass über alles dieses verhandelt ist.

Allgemeiner gesprochen, ist zu unterscheiden zwischen Urtheilen, welche auf Rechtsverschaffung, und solchen, welche auf Willenserklärung gerichtet sind. Ist der Beklagte rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger die Eintragung ins Grundbuch, eine Servitut, eine Forderung zu verschaffen, oder sonst eine Rechtsfolge herzustellen, und kann er dies nicht, so haftet er auf das Interesse, gleichviel, ob er mit Recht oder Unrecht verurtheilt ist; denn das Urtheil ist rechtskräftig, und der etwa nicht vorgebrachte Einwand der befreienden Unmöglichkeit versäumt. Ist er dagegen zu einer Willenserklärung verurtheilt, zur Auflassung, zur Cession einer Forderung, so ist die Willenserklärung da, von Unmöglichkeit der durch das

---

sie erlassenen Urtheils nicht verpflichtet seien, sich dem Grundbuchrichter als Erben zu legitimiren.

[1]) Grdb.-O. § 19.

Urtheil dem Beklagten auferlegten Leistung kann gar nicht die Rede sein; die Herstellung weiterer Voraussetzungen des klägerischen Rechtserwerbes aber ist gar nicht Gegenstand des Urtheils. Wäre es richtig, dass jedes Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, natürlich auch zur Herstellung der Voraussetzungen der Wirksamkeit der Erklärung verurtheilte, so gäbe es Urtheile auf Abgabe einer Willenserklärung überhaupt nicht, sondern nur solche auf Herstellung bestimmter Rechtsfolgen, und der ganze § 779 C.-Pr.-O. wäre ein Schlag ins Wasser. Gewiss ist es Auslegungsfrage, ob ein Urtheil auf Herstellung eines Rechtseffektes oder auf Abgabe einer Willenserklärung lautet, aber ebenso gewiss ist, dass im Zweifel das letztere als das Geringere angenommen werden muss.

Das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, erschöpft sich also in der Fiction der Willenserklärung. Hat diese Fiction Wirkung gegenüber Dritten, oder wirkt das Urtheil ihnen gegenüber nur in den persönlichen Grenzen, welche der Rechtskraft des Urtheils im Allgemeinen gezogen sind? Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber andern Personen als dem Kläger fällt, wie später zu beweisen ist, überhaupt nicht unter die Vorschrift des § 779 C.-Pr.-O. Aber die dem Kläger gegenüber abzugebende oder die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung gilt im Verhältniss zu allen Dritten mit derselben Wirkung als abgegeben, welche ihnen gegenüber die real abgegebene Erklärung des Beklagten haben würde. Dies muss die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Denn er gedachte eine Vorschrift zu geben, welche dem Kläger in jeder Hinsicht die reale Willenserklärung des Beklagten ersetzt, und entzog deshalb dem Kläger jedes Mittel, die reale Abgabe der Erklärung zu erzwingen. Das gewollte Ergebniss wäre aber nur äusserst unvollkommen erreicht, wenn die Fiction der Willenserklärung nur zwischen den Parteien und in dem begrenzten Kreis dritter Personen wirkte, welchen gegenüber nach den allgemeinen Vorschriften die Rechtskraft des Urtheils wirkt. Wenn beispielsweise dem Eigenthümer eines Grundstücks gegenüber eine Servitut an dem Grundstück rechtskräftig festgestellt oder der Eigenthümer auf die actio confessoria verurtheilt ist, die Ausübung der Servitut zu dulden, so hat das einem Dritten gegenüber, der, ohne Rechtsnachfolger des Eigenthümers zu

sein, den Kläger in der Ausübung der Servitut stört, nicht die geringste Wirkung. Ist aber der Eigenthümer verurtheilt, dem Kläger eine Servitut an dem Grundstück zu bestellen, so muss die Servitut auch allen Dritten gegenüber als bestellt gelten, sonst verliert die Fiction der Bestellung für den Kläger den besten Theil ihres Werthes, und er hätte den Mangel der realen Erklärung, zu der er durch kein Zwangsmittel gelangen kann, aufs tiefste zu beklagen. Zwar steht durch das Urtheil die Existenz der Servitut Dritten gegenüber keineswegs rechtskräftig fest; aber der Kläger kann sich im Prozesse wider sie des Urtheils statt des Beweises des Bestellungsaktes bedienen, so dass ihm nur das Eigenthum seines Rechtsurhebers oder die Voraussetzungen des publicianischen Rechtserwerbes zu beweisen bleiben. Das Urtheil wirkt die Fiction der Bestellung der Servitut rechtskräftig gegen alle Dritte. Damit überschreitet es wesentlich die sonstigen Grenzen der Rechtskraft des Urtheils. Diese Erscheinung erklärt sich nur daraus, dass das Urtheil sich zugleich als ein Akt der Zwangsvollstreckung qualificirt. Denn betrachtet man sie im Zusammenhange ähnlicher Erscheinungen des Zwangsvollstreckungsrechtes, so verliert sie alles Auffallende. Auch die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher nach §§ 716. 769. 770 C.-Pr.-O. ersetzt ja die Traditionserklärung des zur Eigenthumsübertragung Verurtheilten mit vollkommener Wirkung gegen Dritte, macht den Gläubiger zum Eigenthümer, wofern nur der Schuldner es war[1]). Das Urtheil gemäss § 779 C.-Pr.-O. übernimmt die Stelle des Gerichtsvollziehers selbst und legitimirt den Gläubiger gegen jeden Dritten so, wie ihn die Erklärung des Beklagten legitimiren würde. Wenn daher Fischer[2]) sagt, § 779 C.-Pr.-O. sei keine Zwangsvollstreckungsvorschrift, sondern eine Bestimmung über die Wirkungen der Rechtskraft, so ist das zwar richtig, aber diese Vorschrift bestimmt die Wirkungen der Rechtskraft in durchaus eigenthümlicher Weise von

---

[1]) Die letztere Voraussetzung gilt nur, soweit der Eigenthumserwerb auch bei Tradition durch den Schuldner von dessen Eigenthum abhängen würde. Seuffert zu § 769 Anm. 2 gegen v. Schrutka-Rechtenstamm Zeitschr. f. C.-Pr. B. 11 S. 161 ff. Vgl. noch §§ 723. 724. 737 Abs. 1 C.-Pr.-O.

[2]) Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuter. u. Beurteil. des Entw. e. deutsch. B. G.-B. H. 6 S. 17 [1].

dem Gedanken aus, dass die Zwangsvollstreckung hier in dem Urtheil enthalten ist.

Als Ergebniss des Bisherigen darf verzeichnet werden: Das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, setzt mit Wirkung gegen den Beklagten und jeden Dritten die Rechtsfolgen, welche die Willenserklärung des Beklagten setzen würde; aber es sagt nichts darüber, welches diese Folgen sind, auch nichts darüber, ob und wie der Beklagte haftet, wenn die Willenserklärung nicht die normalen Folgen hat; sein einziger Inhalt ist der Befehl, dass alles so gehalten werden soll, wie wenn der Beklagte die Willenserklärung abgegeben hätte.

Jetzt kann der Beantwortung der Frage näher getreten werden, ob wirklich in dem § 779 C.-Pr.-O. eine Fiction vorliegt.

Das wird bejaht von Wach,[1]) verneint von Leonhard,[2]) der in der Vorschrift des § 779 nur eine gesetzliche Vergleichung der Wirkungen des Urtheils mit denen der Erklärung sieht, eine Vergleichung, welche nur ihrer Form nach Fiction zu sein scheine, keine echte Fiction sei, d. h. kein Befehl an den Richter, dass er sich einen unwahren Thatbestand wirklich vorstelle, um danach die Folgen zu berechnen, welche ein anderer Thatbestand haben soll. Diese Unterscheidung ist eine wohlberechtigte[3]), aber in Wahrheit doch nur eine quantitative, graduelle; sie läuft darauf hinaus, ob die Rechtsfolgen, welche die zu fingirende Thatsache hat, einfach zu bemessen sind, oder ob dazu ein complicirter Denkprozess gehört.

Liegt die Sache einfach, so wird der gewandte Richter die Fiction überspringen und der Gesetzgeber unter Vermeidung der Fictionsform direkt anordnen können, welche Rechtsfolgen der wahre Thatbestand haben soll. Sind dagegen die Folgen der zu fingirenden Thatsache complicirte und, je nachdem sie sich in diesen oder jenen

---

[1]) Handbuch I S. 303; ebenso Gaupp zu § 779 Anm. I, 2.

[2]) In wie weit giebt es nach der deutschen C.-Pr.-O. Fictionen (Berl. 1880) S. 22[2], vgl. S. 10. 11. 18 u. sonst. Zustimmend Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2 und wohl auch Seuffert zu § 779 Anm. 2.

[3]) Die Bemerkungen von Rothenberg, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 35 S. 759[6] gegen Leonhard beruhen auf mangelhaftem Verständniss dessen, was Leonhard mit dieser Unterscheidung meint.

konkreten Thatbestand eingliedert, verschiedene, so kann der Richter, wenn er an den wahren Thatbestand gleiche Folgen knüpfen soll, wie an die fingirte Thatsache, dies nicht ausführen, ohne dass er sich wirklich das Vorliegen jener unwahren Thatsache, ihr Eintreten in diesem Zeitpunkte und in diesen Kreis anderer Thatsachen vergegenwärtigt. Und eben aus demselben Grunde kann auch der Gesetzgeber sich in solchen Fällen gar nicht anders helfen, als durch die Fiction, weil es unausführbar ist, die Folgen des vorliegenden Thatbestandes ohne Verweisung auf die zu fingirende Thatsache direkt auszusprechen.

Leonhard bezeichnet z. B. die fictio legis Corneliae als eine wahre, da der Richter sich hier die falsche Thatsache, dass der Erblasser bei der Gefangennahme gestorben wäre, wirklich vorstellen musste, um bei der Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse, die im Einzelfalle vorliegen können, die vom Gesetz beabsichtigte Regulirung der Erbfolge durch Rückziehung zu verwirklichen [1]). Ebenso beurtheilt Leonhard die Fiction, welche auf Grund nachträglicher Genehmigung zur Verwirklichung ihrer rückwirkenden Kraft vorzunehmen ist, die Vorstellung nämlich, dass das vom vollmachtlosen Geschäftsführer geschlossene Geschäft mit dem Willen des Vertretenen von Anfang an geschlossen worden wäre [2]).

In der R.-C.-Pr.-O. findet Leonhard eine echte Fiction namentlich darin, dass der Richter zugestandene Thatsachen (und solche, die als zugestanden gelten) für wahr annehmen muss, auch wenn er sie für unwahr hält [3]), während derselbe Schriftsteller die bekannten Bestimmungen, nach welchen nicht bestrittene Thatsachen als zugestanden anzusehen sind (§§ 129. 296 C.-Pr.-O.) als blosse Vergleichungen, Verweisungen auf die Vorschriften über zugestandene Thatsachen betrachtet [4]). Das letzte ist insofern gewiss berechtigt, als der Schluss von dem Satze, dass etwas als zugestanden gilt, auf den andern, dass es als wahr anzusehen ist, überaus einfach ist, und das Gesetz auch direkt hätte anordnen können, nicht bestrittene That-

[1]) A. a. O. S. 16.
[2]) A. a. O. S. 17.
[3]) A. a. O. S. 41 ff.
[4]) A. a. O. S. 22 [2]. 29. 43.

sachen seien als wahr anzusehen. Dahingegen die Antwort darauf, welches die Folgen der als wahr angenommenen Thatsachen sind, setzt eine mehr oder weniger complicirte Gedankenoperation voraus, und weder der Richter kann hier vorwärts kommen, ohne sich jene Thatsachen als wahre wirklich vorzustellen, noch hätte das Gesetz bei seiner Anordnung füglich einen andern Weg als denjenigen der Fiction beschreiten können.

Wird aber nicht auch der Richter, der in einem späteren Prozesse die Bedeutung des zu einer Willenserklärung verurtheilenden Urtheils zu würdigen hat, in der Lage sein, sich die Willenserklärung als abgegeben vorstellen zu müssen, um die von Fall zu Fall verschiedenen und oft recht complicirten Folgen abzumessen, welche gerade diese Erklärung unter diesen sonstigen Verhältnissen haben würde? Wir glauben, gewiss. Und ebenso hätte der Gesetzgeber seinen Willen schwerlich auf irgend einem andern Wege als durch die Anordnung der Fiction zum Ausdruck bringen können. Wäre gesagt worden, das Urtheil hat die Wirkungen der Willenserklärung, so wäre die Fiction nur der Form nach vermieden, der Sache nach geblieben, denn auch so hätte der Richter nicht anders, als indem er sich vorstellte, die Willenserklärung sei abgegeben, die eingetretenen Rechtswirkungen ermessen können. Hätte gesagt werden sollen, welche Rechtsfolgen im einzelnen das Urtheil statt der Willenserklärung begründe, so hätte der Gesetzgeber das ganze Privatrecht, so weit es mit Wirkungen von Willenserklärungen zu thun hat, repetiren müssen, und er hätte, abgesehen von dieser formalen Ungeheuerlichkeit, etwas gesagt, was er nicht sagen wollte; denn wie gezeigt, soll das Urtheil darüber, welche Folgen die Willenserklärung hätte, gar keine Rechtskraft schaffen. Wenn es eine echte Fiction ist, wie Leonhard zugiebt, dass der Richter sich eine zugestandene klagbegründende Willenserklärung, etwa ein Versprechen bestimmten Inhalts, als geschehen vorstellt, trotzdem er sie für nicht geschehen hält, warum sollte es dann keine Fiction sein, wenn er auf Grund eines früheren rechtskräftigen Urtheils dieses Versprechen, welches nicht gegeben ist, als gegeben ansieht? Wenn es eine echte Fiction ist, dass der Richter sich bei erfolgter nachträglicher Genehmigung vorstellen muss, das Rechtsgeschäft sei an dem und dem Tage mit

bereits vorliegender Ermächtigung des Geschäftsherrn geschlossen, so muss es auch eine echte Fiction sein, wenn jemand zur Ertheilung einer bestimmten Vollmacht rechtskräftig verurtheilt ist, und der Richter das auf Grund eines solchen Urtheils errichtete Rechtsgeschäft, wie das Gesetz befiehlt, so beurtheilt, wie wenn die Vollmacht wirklich ertheilt wäre. Wenn die fictio legis Corneliae eine echte ist, weil der Richter nicht, ohne sie wirklich vorzunehmen, die Erbfolge in der vom Gesetz gebotenen Weise reguliren kann, so wird auch dann eine Fiction vorliegen, wenn der Richter die Erbfolge von der Vorstellung aus regulirt, dass der Fiduciar im Moment der Rechtskraft des Urtheils die Erbschaft angetreten und dem Fideikommissar restituirt habe, nachdem er zu beidem rechtskräftig verurtheilt ist.

II.

Was ist eine Willenserklärung im Sinne des § 779 C.-Pr.-O.?

Die im vorigen Abschnitt geschilderten Wirkungen sind diejenigen der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Es fragt sich, was im Sinne des § 779 C.-Pr.-O. eine Willenserklärung ist. Der Paragraph nimmt nur eine Willenserklärung, die Eingehung einer Ehe, von seinen Vorschriften aus. Er kann aber im übrigen nur reine Willenserklärungen im Auge haben, weil nur diese durch das richterliche Gebot surrogirt werden können, nicht Handlungen, welche die Willenserklärung nur als Element enthalten; denn hier reicht die Rechtsfiction nicht aus, um die reale Vornahme der Handlung zu ersetzen. Es ist auch nicht daran zu denken, dass bei Verurtheilung zu solchen Handlungen das Element der Willenserklärung gemäss § 779 fingirt und nur das Thatsächliche auf anderem Wege beschafft werde, sondern die C.-Pr.-O. hat für Urtheile dieser Art selbstständige, von § 779 völlig unabhängige, je nach der Art der Handlung verschiedene Wege der Vollstreckung.

Nicht anwendbar ist daher § 779 C.-Pr.-O. auf die Verurtheilung zur Herausgabe oder Leistung von Sachen im weitesten Sinne, ob-

wohl darin immer die Verurtheilung zu einem rechtserheblichen Willensakt steckt. Denn nicht bloss ist dies der Fall, wenn durch die Herausgabe für den Kläger ein neues Rechtsverhältniss geschaffen, insbesondere, wenn er zum Eigenthümer der Sache gemacht werden soll, sondern auch dann, wenn der Beklagte zur Übertragung der blossen Detention der Sache an den Kläger auf Grund eines ihm bereits zustehenden Rechtes verurtheilt ist. Nur die Verurtheilung zur Duldung der Wegnahme, wie etwa auf das interdictum de glande legenda, gehört nicht hierher und ist vielmehr nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen zu beurtheilen.

Aber zwischen dem Falle, wo die Verurtheilung lediglich auf Herausgabe der Sache zum Zwecke der Herstellung des einem bestehenden Rechte entsprechenden Zustandes gerichtet ist, und demjenigen, in welchem durch die Herausgabe ein Rechtsverhältniss erst begründet werden soll, waltet doch ein wesentlicher Unterschied ob. Befolgt im ersteren Falle der Beklagte das Urtheil nicht, so wird jener thatsächliche Zustand, statt durch seinen Willensakt, durch Gewalt herbeigeführt, ohne dass die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher der Herausgabe durch den Beklagten juristisch gleich gesetzt werden müsste; sie steht ihr thatsächlich gleich, weil sie dasselbe thatsächliche Ergebniss herbeiführt. Ist dagegen der Beklagte zur Herausgabe zwecks Begründung eines Rechtes, insbesondere des Eigenthums verurtheilt, und kommt dem nicht nach, so handelt es sich darum, im Wege der Zwangsvollstreckung ein Surrogat für seinen Eigenthumsübertragungswillen zu schaffen. Und hier ist es wichtig, festzuhalten, dass nicht etwa der Ersatz für diesen Eigenthumsübertragungswillen durch das Urtheil gemäss § 779, und durch den Gerichtsvollzieher nur die thatsächliche Besitzübertragung herbeigeführt wird, sondern vielmehr die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher es ist, welche auch den Eigenthumsübertragungswillen surrogirt.

Ist bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, die ja auch Sachforderungen sind, nur Sachforderungen sehr besonderer Art, dem Schuldner Geld weggenommen, so gilt die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von seiten des Schuldners (§ 716

Abs. 2 C.-Pr.-O.). Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ersetzt also die Traditionserklärung sowohl nach Seite des Eigenthumsüberganges wie nach Seite der Befreiungswirkung. Sind andere Objekte gepfändet, so gilt die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung (§ 720 C.-Pr.-O.); doch wird hier durch den Gerichtsvollzieherakt, da die Eigenthumsübertragung durch den Käufer erfolgt, die Zahlung des Schuldners nur nach der liberatorischen Seite hin ersetzt.

Die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen ausser Geld erfolgt gemäss §§ 769 ff. C.-Pr.-O. mittels Wegnahme der Sachen durch den Gerichtsvollzieher und Übergabe derselben an den Gläubiger (§ 769), bei Grundstücken mutatis mutandis auf entsprechendem Wege (§ 771). Dieser Weg der Zwangsvollstreckung ist anwendbar, wenn der Schuldner eine bestimmte bewegliche Sache oder eine Quantität solcher aus einer individuell bezeichneten Menge herauszugeben hat (§ 769), und ferner, wenn er eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zu leisten hat ohne Rücksicht auf eine individuell bestimmte Menge, der sie zu entnehmen wären (§ 770), so dass nur dann, wenn der Schuldner zur Leistung einer Quantität von generisch bestimmten Sachen verpflichtet ist, die weder vertretbar noch Werthpapiere sind, der Gläubiger ausschliesslich auf die Interesseklage (§ 778) angewiesen ist. Dass das Wegnahmeverfahren auch bei Herausgabe zum Zwecke der Eigenthums- und sonstigen Rechtsübertragung anwendbar ist, ist unstreitig und wird durch seine Anwendbarkeit auf die Leistung einer Quantität von vertretbaren Sachen, wo nöthig, zur Evidenz gebracht. Der Übergang des Eigenthums und ebenso der Eintritt der sonstigen Rechtsfolgen, welche die Uebergabe von seiten des Schuldners haben sollte, knüpft sich an die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher; der Uebergabe an den Gläubiger wird es dazu nach Analogie dessen, was die C.-Pr.-O. für die Wegnahme von Geld verfügt, nicht erst bedürfen [1]). Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ist also der juristische Ersatz für die entsprechende Willenserklärung des Schuldners.

---

[1]) Die Frage ist nicht unstreitig. Die Wegnahme allein halten für ausreichend: Gaupp zu § 769 Anm. II; Wilmowski-Levy zu § 769 Anm. 2; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 295; Foerster-Eccius,

Dies wird nicht immer festgehalten. Windscheid[1]) stellt unter die Rubrik des Eigenthumsüberganges durch Richterspruch den „Fall, wo der Richter die Eigenthumsübertragungserklärung des zur Abgabe derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt", mit dem Hinzufügen: „durch die Vollstreckung dieses Urtheils erwirbt der Kläger das Eigenthum." Allegirt sind dazu § 779 und § 769 C.-Pr.-O.[2]). Das Verhältniss ist also so gedacht, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt, da diese allein aber Eigenthum nicht überträgt, vielmehr ihr Vollzug durch Besitzübertragung erforderlich ist, die Erwirkung der Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung hinzukommen müsse. Auch Dernburg[3]) lehrt, dass das Urtheil den

preussisches Privatrecht B. 3 § 157[44]. Wegnahme und Übergabe verlangen: Seuffert zu § 769 Anm. 2; Kahn, Archiv für die civil. Praxis B. 70 S. 436; Voss, daselbst B. 71 S. 241; v. Schrutka-Rechtenstamm, ZS. f. C.-Pr. B. 11 S. 163 ff.; Dernburg, preussisches Privatrecht B. 1 § 238, 4, S. 604; Pandekten B. 1 § 212[5] wird danach ebenso zu verstehen sein (: das Gesetz ermächtigt den Gerichtsvollzieher zur Tradition an Stelle des Schuldners). U. E. ist die Analogie der Wegnahme des Geldes entscheidend. V. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 164[7] lehnt diese Analogie ab; allein es ist nicht abzusehen, warum die C.-Pr.-O. in dem hier fraglichen Punkte die Zwangsvollstreckung zur Leistung von Geld anders behandelt haben sollte, als diejenige zur Leistung anderer Sachen. Ihre Ausdrucksweise, nämlich die Vorschrift, dass die Sachen von dem Gerichtsvollzieher dem Schuldner wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben sind (§ 769), steht nicht im Wege. Das letzte gehört selbstverständlich zur vollen Erledigung der Zwangsvollstreckung, auch wenn schon mit der Wegnahme der Sache deren Eigenthum auf den Gläubiger übergeht. Auch im § 716 wird ausdrücklich vorgeschrieben, dass gepfändetes Geld dem Gläubiger abzuliefern ist, und doch gilt schon die Wegnahme als Zahlung von Seiten des Schuldners. Eine solche Bestimmung über die Wirkung der Wegnahme fehlt zwar in § 769, aber es steht nichts im Wege und ist sachlich geboten, sie nach der Analogie der §§ 716. 720 zu ergänzen. Keinesfalls kann, wie Struckmann und Koch zu § 769 Anm. 1 wollen, die Liberation schon mit der Wegnahme, der Eigenthumsübergang erst mit der Übergabe eintreten; zu dieser Zerreissung fehlt aller Anlass.

[1]) Pandekten B. 1 § 173[5]. Man beachte die Änderungen, welche Windscheid in der 6. und 7. gegenüber der 5. Auflage für nothwendig gehalten hat, in welcher die Sache noch vom Standpunkte des Rechtes vor der C.-Pr.-O. dargestellt und daneben ausschliesslich auf § 779 C.-Pr.-O. verwiesen ist.

[2]) Auch § 757. Missverständlich; denn den Landesgesetzen ist nur überlassen die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen.

[3]) Preussisches Privatrecht B. 1 § 238, 4.

Übereignungswillen des Schuldners ersetzt. Allein der § 779 C.-Pr.-O. will in seinem Gebiete, demjenigen der reinen Willenserklärung, und hier ausschliesslich herrschen, nicht aber die für andere Zwecke in der C.-Pr.-O. gebahnten Vollstreckungswege durchkreuzen. Die C.-Pr.-O. betrachtet die Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe von Sachen als durch die §§ 769 bis 772 erschöpfend geregelt[1]), und nichts lässt schliessen, dass diese Bestimmungen in der hier fraglichen Beziehung, welche doch eine sehr wesentliche wäre, nicht auf eigenen Füssen stehen könnten, sondern der Ergänzung durch § 779 bedürften. Die Frage ist praktisch nichts weniger als gleichgültig. Denn würde das Surrogat für den Eigenthumsübertragungswillen gemäss diesem Paragraphen durch das Urtheil beschafft, so wäre der Eigenthumsübergang bei der Zwangsvollstreckung durch Wegnahme der Sache natürlich von allen Voraussetzungen abhängig, welche für die Fiction des § 779 von dem Gesetz aufgestellt sind.

Danach würde gemäss der herrschenden Meinung, welche die Fiction der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils leugnet, wenn der Verkäufer mittels vorläufig vollstreckbaren Urtheils verurtheilt ist, das Kaufobjekt zu liefern, die Wegnahme desselben dem Käufer wenig nützen; denn das Eigenthum könnte erst nach Rechtskraft des Urtheils auf ihn übergehen. Die herrschende Meinung leugnet ferner die Anwendbarkeit des § 779 auf andere Vollstreckungstitel als Urtheile. Woher käme dann aber der Eigenthumsübergang bei der Zwangsvollstreckung aus solchen Titeln, wenn er bei derjenigen aus Urtheil auf § 779 ruhte?

Indessen soll dies hier nicht geltend gemacht werden, weil u. E. auch das vorläufig vollstreckbare Urtheil die Fiction der Willenserklärung herbeiführt, und der § 779 auf Urtheile nicht beschränkt ist (unten IV. V). Aber jedenfalls zeigt Folgendes die Gefahren der bekämpften Ansicht. Wäre der Verkäufer verurtheilt, gegen Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug das Kaufobjekt zu liefern, so würde in Konsequenz dieser Ansicht das Eigenthum erst dann auf ihn durch die Wegnahme übertragen werden können, „sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist“ (§ 779),

[1]) Vorbehaltlich des § 778.

und um diese zu erreichen, müsste der Verkäufer vorleisten und den Beweis seiner Leistung durch eine öffentliche Urkunde führen. Ist dagegen die Zwangsvollstreckung aus §§ 769 ff. unabhängig von § 779, so ist bei Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug von alledem keine Rede; denn der § 664 selbst spricht nur von Verurtheilung zur Leistung gegen Vorleistung [1]).

Auf die Verurtheilung zur Herausgabe von Sachen ist also der § 779 C.-Pr.-O. ohne jeden Einfluss. Schwierig dagegen ist die Abgrenzung dessen, was als reine Willenserklärung diesem Paragraphen untersteht, von demjenigen, was die C.-Pr.-O. als „Handlungen" betrachtet und der Zwangsvollstreckung gemäss ihrer §§ 773. 774 unterwirft.

Zu betonen ist auch hier vor allem, dass eine Leistung im Sinne der C.-Pr.-O. immer nur entweder als Willenserklärung dem § 779, oder als Handlung dem § 773 oder dem § 774 untersteht, dass niemals, wenn eine Handlung mehr ist als Willenserklärung, aber eine Willenserklärung als Element enthält, dieses durch die Fiction des § 779 und nur das Weitere auf anderem Wege hergestellt wird. Nicht zu verwechseln freilich ist hiermit die Verurtheilung zu mehreren Leistungen, von denen die eine Willenserklärung, die andere Handlung ist. Z. B. kann jemand in e i n e m Urtheil verurtheilt werden, ein bestimmtes Versprechen abzugeben und für dessen Erfüllung Sicherheit zu leisten. Der erste Theil der Verurtheilung vollstreckt sich gemäss § 779, zur Vollstreckung des zweiten bedarf es des Einschreitens gemäss § 773 oder § 774. Wir greifen auf dieses Beispiel, weil ein Fall dieser Art von dem dritten Senat des Reichsgerichtes [2]) in einer u. E. nicht zutreffenden Art behandelt worden ist. Der Beklagte war zur Stellung einer usufruktuarischen Kaution verurtheilt. Das Reichsgericht sprach aus, dass zur Erwirkung keiner Art von Realkaution der § 774 C.-Pr.-O. anwendbar sei, dass aber gemäss diesem Paragraphen gegen den Beklagten hätte eingeschritten werden können, wenn die Kläger von vornherein erklärt

[1]) So wenigstens nach der vorherrschenden u. E. richtigen Meinung; vgl. Seuffert zu § 664 Anm. 2; Wilmowski-Levy zu § 664 Anm. 1; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 36 ff. und die dortigen Angaben.

[2]) Beschl. v. 2. XI. 84, Entsch. B. 13 S. 339 ff.

hätten, dass sie sich mit einer promissorischen Sicherheit (Verbal-Kaution) begnügen wollten. In erster Linie ist aber ein Urtheil, welches zur Stellung einer usufruktuarischen Kaution verurtheilt, nur dahin zu verstehen, dass der Beklagte Realsicherheit leisten muss, während das Urtheil die Existenz der persönlichen Verpflichtung des Beklagten als des Niessbrauchers nur feststellt. Denn diese Verpflichtung steht, wie derselbe Senat anerkannte[1]), im heutigen Recht auch ohne Kautionsleistung fest, und ein Urtheil, welches zur Kautionsleistung verurtheilt, wird im Zweifel von dem Versprechen der Erfüllung dieser Verpflichtung überhaupt nicht, sondern nur von realer Sicherstellung verstanden werden können. Ist aber der Beklagte zur Leistung eines solchen Versprechens wirklich verurtheilt, so hat es der Kläger durch das rechtskräftige Urtheil in Händen; zu einem Zwangsverfahren gemäss § 774 C.-Pr.-O. kann diese Verurtheilung niemals führen, sondern es kann nur noch, wenn zugleich zur Bestellung einer Realsicherheit verurtheilt ist, die Zwangsverwirklichung der letzteren als einer selbstständig neben Ablegung des Versprechens stehenden Handlung in Frage kommen.

Dem Wortlaute nach spricht der § 779 C.-Pr.-O. nur von Willenserklärungen, nicht von Erklärungen enuntiativen Inhalts. Er würde danach auf eine Verurtheilung zu einem Geständniss, zur Ausstellung einer Quittung, Bescheinigung, eines Zeugnisses, keine Anwendung finden.

Allein die Verurtheilung, dies oder jenes anzuerkennen, kann nur als die Feststellung des Anzuerkennenden aufgefasst werden. Bei der Verurtheilung zur Ertheilung einer schriftlichen Quittung oder Bescheinigung, eines schriftlichen Zeugnisses von bestimmtem Inhalt stellt das Urtheil die den Inhalt der Erklärung bildende Thatsache ebenfalls rechtskräftig fest, und es kann nur fraglich sein, ob etwa dennoch der Kläger ein Recht auf die wirkliche Ausstellung der Urkunde seitens des Beklagten hat. Diese Frage liegt ebenso wie bei der Verurtheilung zur Ausstellung von Dispositivurkunden und wird unten beantwortet werden. Richtet sich die Verurtheilung auf Abgabe einer Erklärung nicht bestimmten Inhalts, z. B. auf Ertheilung

[1]) Urt. v. 20. I. 85, Entsch. B. 13 S. 172; vgl. Windscheid, Pandekten B. 1 § 204[1].

einer Auskunft, auf Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses über Leistungen des Klägers [1]), so kann, ebenso wie bei Verurtheilung zu Willenserklärungen nicht bestimmten Inhalts, nur die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und zwar nach §§ 774 (778) C.-Pr.-O. helfen.

Unter den Willenserklärungen selbst nämlich können natürlich diejenigen nicht unter § 779 C.-Pr.-O. fallen, deren Inhalt nicht feststeht; denn die Fiction, dass der Beklagte etwas erklärt habe, ist sinnlos, wenn man nicht weiss, was. Also ist § 779 unanwendbar, wenn der Beklagte in irgend einem Sinne verurtheilt ist, unter zwei Möglichkeiten zu wählen. Ist er z. B. verurtheilt, eines von zwei Grundstücken aufzulassen, nach seiner Wahl, so würde die Fiction nichts helfen, weil man nicht weiss, welches Grundstück der Beklagte auflassen würde. Ebenso steht es, wenn der Beklagte verurtheilt ist, entweder eine Willenserklärung abzugeben oder eine andere Leistung zu bewirken, nach seiner Wahl, z. B. ein Grundstück aufzulassen oder eine Summe Geldes zu zahlen [2]). Mit der Rechtskraft des Urtheils die Auflassungserklärung fingiren, hiesse dem Beklagten die Wahl nehmen, welche ihm das Urtheil ausdrücklich zuspricht. Würde dagegen in solchen Fällen das Urtheil dem Kläger die Wahl zusprechen, so würde man annehmen müssen, dass mit dessen Wahlerklärung die Fiction in Ansehung der von ihm gewählten Erklärung gegeben ist [3]).

Es ist früher ausgeführt, dass die Erklärung, zu welcher der Beklagte verurtheilt ist, auch im Verhältniss zu Dritten mit derselben Wirkung als abgegeben gilt, wie wenn er sie wirklich abgegeben hätte; es wurde aber bereits angedeutet, dass nur solche Erklärungen, welche dem Kläger gegenüber abzugeben oder überhaupt nicht empfangsbedürftig sind, der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unterliegen; Er-

---

[1]) Wie nach §§ 113. 129 Gew. O. (Ges. v. 1. VI. 1891). Nur der Inhalt und nicht, wie Bunsen Mecklenburgische Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtsw. B. 2 S. 339 behauptet, die Form der Erklärung schliesst hier die Anwendung des § 779 C.-Pr.-O. aus.

[2]) Reichsger. V. Sen., Beschl. v. 4. Febr. 91, Entsch. B. 27 S. 382.

[3]) So auch Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 41. Es ist im übrigen nicht die Absicht, die Zwangsvollstreckung bei alternativer Verurtheilung hier weiter zu verfolgen. Vgl. darüber neuestens Levy a. a. O. S. 31 ff.

klärungen, welche dritten Personen gegenüber abzugeben sind, können durch diese Fiction nicht ersetzt werden [1]). Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, durch das Urtheil in einem Prozesse, an welchem der Dritte nicht betheiligt ist, von welchem er vielleicht gar keine Kenntniss hat und keine Notiz zu nehmen verpflichtet ist, dieselben Wirkungen eintreten zu lassen, zu deren Begründung es sonst einer dem Dritten gegenüber abzugebenden Erklärung bedarf. Wenn z. B. mein Hauswirth sich mir gegenüber verpflichtet hat, einem anderen Miether, welcher sich unliebsam gemacht hat, die Wohnung zu kündigen, und auf erhobene Klage dazu verurtheilt ist, so ist er zu einer Willenserklärung gegenüber dem dritten Miether verurtheilt. Er ist nicht verurtheilt, unbedingt dafür zu sorgen, dass der Dritte sich an dem und dem Tage nicht mehr in dem Hause befindet, denn er muss ja vielleicht den Dritten erst zwangsweise austreiben lassen, sondern er ist nur verurtheilt, dem Dritten durch Kündigung das Recht zu entziehen, sich nach Ablauf der Kündigungszeit noch in der Wohnung aufzuhalten. Er ist auch, wenn er lediglich zur Kündigung verurtheilt ist, damit noch nicht ohne weiteres verurtheilt, auch gegen den Dritten im Weigerungsfalle Klage auf Räumung zu erheben und Zwangsvollstreckung zu betreiben. Jedenfalls wäre dies Verurtheilung zu weiteren Handlungen; die Verurtheilung zur Kündigung ist selbstständig. Würde nun die Kündigung durch die Rechtskraft des Urtheils ersetzt, so würde der Miethsvertrag zwischen dem Beklagten und dem Dritten mit Ablauf der Kündigungsfrist von selbst erlöschen, ohne dass der Dritte das geringste von dem Prozess erfahren zu haben brauchte. Dies ist unmöglich. Hätte es die C.-Pr.-O. gewollt, so hätte sie wenigstens ein Verfahren anordnen müssen, durch welches der Dritte verbindlich von dem Urtheil in Kenntniss gesetzt würde, etwa wie bei dem Pfändungsbeschluss über eine Forderung. Ein solches Verfahren fehlt hier ganz; nicht einmal Streitverkündung ist für Fälle dieser Art vorgesehen (§ 69 C.-Pr.-O.). Die private Mittheilung des Klägers von dem Urtheil an den Dritten genügt nicht. Er ist nicht ermächtigt, das Kündigungsrecht an Stelle des Verurtheilten auszuüben; der Dritte braucht nur eine Kündigung seitens seines Vermiethers

[1]) Förster-Eccius, preussisches Privatrecht B. 1 § 56 [5].

entgegenzunehmen. Höchstens wäre daran zu denken, dass der Kläger sich auf Grund des Urtheils durch Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigen lassen könnte, die Kündigung im Namen des Verurtheilten vorzunehmen. Auch dies aber wäre verkehrt, weil, wie später auszuführen ist (VI), die Ermächtigung nach § 773 C.-Pr.-O. die Vollmacht zum Handeln im Namen des Schuldners nicht ersetzt. Es bleibt also nur Zwangsvollstreckung gemäss § 774 C.-Pr.-O. oder Interesseklage (§ 778 C.-Pr.-O.) übrig.

Auch die Verurtheilung zur Stellung eines Antrages an eine Behörde kann nicht anders beurtheilt werden, als diejenige zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem privaten Dritten. Das Urtheil kann unmöglich die Stellung des Antrages, die an die Behörde zu richtende Bitte um ihr Vorgehen fingiren; denn wie sollte die Behörde durch diese Fiction in Bewegung gesetzt werden? Es bedarf vielmehr der realen Inanspruchnahme ihrer Thätigkeit. Es kann sich also nur darum handeln, ob das Ersuchen des Gerichts oder der eigene Antrag des Klägers denjenigen des Beklagten ersetzen können. Die C.-Pr.-O. sieht ein Ersuchen des Gerichts für Fälle dieser Art nicht vor. Wer behauptet, dass das Urtheil den Antrag fingirt, muss zugeben, dass das Urtheil sich selbst vollstreckt hat, also zu *seiner Vollstreckung* das Einschreiten der Behörde nicht erforderlich sein kann, folglich auch nicht das Gericht nach § 698 C.-Pr.-O. die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen hat. Wer, wie hier geschieht, behauptet, dass der Antrag, zu dessen Stellung der Beklagte verurtheilt ist, durch das Urtheil nicht fingirt wird, muss folgern, dass die Vollstreckung des Urtheils sich auf die Erzwingung des Antrages als einer Handlung des Beklagten zu richten hat (§ 774 C.-Pr.-O.), so dass also wiederum zum Zwecke *der Zwangsvollstreckung* das Einschreiten der Behörde, an welche der Antrag zu richten ist, nicht in Frage kommt. Es kann also nicht nach der C.-Pr.-O., sondern nur möglicherweise nach den Gesetzen über das Verfahren, welches durch den Antrag des Beklagten eingeleitet werden soll, zu einem Ersuchen des Gerichts an die Behörde kommen.

Die zweite Möglichkeit ist, dass der Kläger durch seinen eigenen Antrag die Thätigkeit der Behörde in Bewegung setzt, indem

die Einwilligung des Beklagten in den vom Kläger zu beantragenden Akt fingirt wird, und die Vorlage des Urtheils dem Kläger zum Ausweis hierüber dient. Ob dies möglich ist, richtet sich wiederum nach den Grundsätzen, welche für das Verfahren der Behörde in dem gegebenen Falle massgebend sind. Ist z. B. der beklagte Hypothekgläubiger verurtheilt, in die Löschung der Hypothek zu willigen, so hat dies den Sinn, dass er dem Kläger die von diesem als eingetragenem Eigenthümer zu beantragende[1]) Löschung zu bewilligen hat, und diese Bewilligung wird durch das Urtheil gemäss § 779 C.-Pr.-O. (wie schon nach Grundb.-O. § 94 Nr. 2) ersetzt. Dagegen kennt das Markenschutzgesetz im § 5[2]) abgesehen von den Fällen des Abs. 2, welche hier nicht in Frage kommen, die Löschung eines eingetragenen Waarenzeichens nur auf Antrag des Inhabers der Firma, für welche es eingetragen ist. Der § 11 des Gesetzes bestimmt: „Der Inhaber einer Firma, für welche ein Waarenzeichen eingetragen ist, hat dasselbe auf Verlangen desjenigen, welcher ihn von der Benutzung des Zeichens auszuschliessen berechtigt ist.... löschen zu lassen". Dies kann nur als die Verpflichtung des Inhabers der Firma verstanden werden, auf Verlangen des Berechtigten die Löschung durch seinen Antrag herbeizuführen. Gehorcht er einem ihn hierzu verurtheilenden Urtheil nicht, so ist er im Wege der Zwangsvollstreckung gemäss § 774 C.-Pr.-O. dazu anzuhalten. Der Löschungsantrag des Inhabers der Firma kann durch das Urtheil nicht fingirt werden; der Kläger wird auch nicht durch das Urtheil ermächtigt, im Namen des Verurtheilten die Löschung zu beantragen[3]); es könnte nur die Einwilligung des Beklagten dazu fingirt werden, dass der Kläger in eigenem Namen den Löschungsantrag stellte; ein solcher Löschungsantrag ist jedoch dem Gesetze nicht bekannt. Er müsste es aber sein, damit man mit Kohler[4]) sagen könnte, dass auf Grund der durch das Urtheil bewirkten Annahme der blossen Einwilligung des Firmeninhabers in die Löschung diese herbeigeführt werden könnte.

[1]) Gesetz über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 58. Grundb.-O. § 92.

[2]) Vgl. auch § 12 Nr. 1.

[3]) Er kann dazu auch nicht durch Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigt werden (VI).

[4]) Markenschutz S. 345 f.

Aus gleichem Grunde ist es u. E. nicht möglich, die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. mit der herrschenden Meinung[1]) auf die Verurtheilung zur Entgegennahme einer Auflassung anzuwenden. Der neue Erwerber muss bei der Auflassung erklären, dass er seine Eintragung als Eigenthümer beantrage[2]), während der eingetragene Eigenthümer erklärt, dass er die Eintragung bewillige. Das letztere ist wesentlich nichts anderes als die auch in anderen Fällen nothwendige Einwilligung zu dem von dem Eintragsberechtigten zu stellenden Antrage auf Eintragung, nur ist diese Erklärung hier strenger solennisirt als sonst, da sie notwendig vor dem Gerichte abgegeben werden muss und nicht von dem neuen Erwerber in urkundlicher Form vorgelegt werden kann. Solche Formalität der Erklärung steht der Fiction des § 779, wie unten auszuführen ist, nicht im Wege, und es würde daher das Urtheil der Erklärung gleichzustellen sein, auch wenn § 3 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb dies nicht verordnete; und wollte man die Anwendbarkeit des § 779 leugnen, so würde der Satz nach dem angeführten § 3 aufrecht bleiben. Mit dem Antrag des neuen Erwerbers auf seine Eintragung dagegen steht es anders. Diesen Antrag konnte nach preussischem Grundbuchrechte anerkanntermassen das Urtheil nicht ersetzen. Es kommt also lediglich darauf an, ob dies nach § 779 C.-Pr.-O. möglich ist. Das Grundbuchgericht verfährt nur auf Antrag[3]). Da jede Verbindung zwischen dem Prozess und dem einzuleitenden Verfahren des Grundbuchrichters fehlt, so ist augenscheinlich, dass diesen die Fiction des Antrages mit Rechtskraft des Urtheils nicht in Thätigkeit versetzen könnte. Es könnte auch hier nur so gehalten werden, dass der Kläger seinerseits die Eintragung des neuen Erwerbers beantragte, und dass dessen Einwilligung zu diesem Antrage fingirt würde. Zu dieser Konstruktion sieht sich auch Turnau genöthigt: „Wenn der Veräusserer unter Vorlegung eines rechtskräftigen Erkenntnisses dieses Inhalts (Verurtheilung zur Entgegennahme der Auflassung) vor dem

[1]) Turnau, Grundbuchordn. § 48 Anm. II,2 S. 190, Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. 3 § 178[24], Dernburg, preuss. Privatr. B. 1 § 241[14], Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 812.

[2]) Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 2.

[3]) Grundbuchordn. § 30.

zutändigen Amtsgerichte die Eintragung des Verurtheilten als Eigenthümer bewilligt und die Eintragung des Eigenthumsüberganges beantragt, so ist die Auflassung vollständig und die Eintragung des Verurtheilten als neuen Eigenthümers zu bewirken". Damit sind die Rollen bei der Auflassung umgekehrt. Turnau selbst sagt nicht, dass der Antrag des neuen Erwerbers auf Eintragung durch das Urtheil ersetzt werde, sondern er verlangt — und muss verlangen — einen andern Ersatz dafür, den Antrag des eingetragenen Eigenthümers. Diesen Antrag kennt aber das Grundbuchrecht als Grundlage der Eintragung des neuen Erwerbers nicht.[1]) Übrigens ist kaum zu glauben, dass es praktisch auch nur annähernd von derselben Wichtigkeit sein könnte, das Eigenthum in der hier abgelehnten Weise dem Gegner zu octroyiren, als umgekehrt, es von ihm zu erlangen. Ist der Gegner zu einer Gegenleistung verpflichtet, so kann dieselbe auf Grund des Angebots der Auflassung gefordert werden; im übrigen kann, wenn der Gegner wirklich zur Abnahme verpflichtet ist, schon gemeinrechtlich der Eigenthümer sich des Grundstücks im Wege des Selbsthülfeverkaufes entledigen[2]) und, wenn der Verkauf sein Interesse nicht deckt, die Differenz einklagen. Auch das Zwangsvollstreckungsrecht der C.-Pr.-O. führt zu dem nämlichen Ergebniss. Denn, wenn der Gegner verurtheilt ist, das Grundstück abzunehmen, so kann jeder Dritte denselben Erfolg herstellen, auf den es dem Kläger ankommt, und der Kläger kann sich also gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigen lassen, auf Kosten des Schuldners das Grundstück anderweitig unterzubringen. Auch dann, wenn die Verurtheilung sich darauf richtet, das Grundstück abzunehmen und dem Kläger etwa eine Hypothek daran einzuräumen, z. B. in Erfüllung eines Kaufvertrages, bei welchem ein Theil des Kaufpreises hypothekarisch eingetragen werden sollte, ist derselbe Vollstreckungsweg gangbar.

Etwas anderes als die Verurtheilung zur Stellung eines Antrages oder zur Abgabe einer anderen Willenserklärung an eine Behörde ist die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung dem Kläger gegenüber vor einer Behörde. Ob eine solche Erklärung durch das

---

[1]) Anders Entw. d. B. G.-B. § 833 Abs. 1. § 828 Abs. 1. 2. § 868, Entw. d. Grundb.-O. § 19.

[2]) D. 18, 6, 1 § 3 (Ulp.)

Urtheil ersetzt wird, hängt von der Frage ab, in wie weit auch Formalerklärungen der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. zugänglich sind.

Es findet sich die Behauptung, dass nur die Erklärung, welche nichts als einfachen mündlichen Ausdruck fordert, von § 779 C.-Pr.-O. getroffen werde [1]), dass dieser Paragraph nicht Platz greife, wenn es einer äusseren Manifestirung des Willens bedürfe [2]); andere bezeichnen die Form der Erklärung als gleichgültig [3]), jedoch vielfach mit unklarer und widerspruchsvoller Abgrenzung gegen Handlungen, die mehr sind als Willenserklärung. So sagt Gaupp, der § 779 finde nicht Anwendung, wenn das Urtheil ausser der Willenserklärung noch auf eine äussere Handlung (ist die Willenserklärung eine innere?), wie die Abgabe der Unterschrift auf einem Wechsel oder das Indossament eines Inhaberpapiers (?) gerichtet sei; Struckmann-Koch wollen einerseits den § 779 auf schriftliche Willenserklärungen angewandt wissen, andererseits wollen sie demselben die schriftliche Errichtung eines mündlich verabredeten Kontrakts entziehen, (ebenso wie die Wechselunterschrift). Wilmowski-Levy halten § 779 für ausgeschlossen, wenn die Verurtheilung noch eine sonstige Thätigkeit betrifft, wohin sie die Beisetzung einer Unterschrift, Abgabe von Wechselerklärungen, „wodurch die Herstellung einer formalen Litteralobligation bewirkt werden soll", Indossirung von Orderpapieren, Ausstellung einer zur Legitimation bei Dritten erforderlichen schriftlichen Urkunde rechnen. Seuffert [4]) sagt, dass das Urtheil auch die gerichtlich oder notariell abzugebende Erklärung ersetze, nicht aber die Beisetzung einer Unterschrift, die Indossirung eines Orderpapiers, die Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Quittung. Bunsen [5]) hält das Urtheil für fähig, jede Form zu ersetzen, gerichtliche, notarielle und sonstige, nur nicht die Schriftform. Auf besonderem Boden steht noch die Behauptung [6]),

---

[1]) Endemann B. 3 zu § 779 S. 330.

[2]) Puchelt zu § 779 Anm. 2.

[3]) Gaupp zu § 779 Anm. I, 2; Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1; Wilmowsky-Levy zu § 779 Anm. 2; Foerster-Eccius, preussisches Privatrecht B. 1 § 56 [5].

[4]) Zu § 779 Anm. 2.

[5]) Mecklenb. ZS. f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft B. 2 S. 339.

[6]) Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowsky-Levy a. a. O.

dass die reale Herstellung von Urkunden, welche im Auslande benutzt werden sollen, unerlässlich sei.

Soll in dieses Gewirr Ordnung gebracht werden, so kann das nur bei strenger Durchführung des Satzes geschehen, dass kein Rechtsakt hierher gehört, der seiner rechtlichen Natur nach mehr ist als Willenserklärung, aber jeder, der nur dies ist, ohne jede Rücksicht auf seine Form. Der § 779 C.-Pr.-O. spricht von Willenserklärungen ohne jede Einschränkung; also hat den Wortlaut des Gesetzes für sich, wer behauptet, dass auch formelle, insbesondere schriftliche, notarielle, gerichtliche Willenserklärungen zum Anwendungskreise dieses Paragraphen gehören. Jede Einschränkung bedarf, angesichts der ganz allgemeinen Redeweise der Bestimmung, rechtfertigender Gründe, und an solchen fehlt es u. E. in Bezug auf die förmlichen Willenserklärungen vollkommen. Das Recht ist ebenso wohl im Stande, auf Grund des Urtheils die Folgen eintreten zu lassen, welche es sonst an die schriftliche oder noch mehr formalisirte Willenserklärung anknüpft, wie diejenigen, welche sonst an die formlose Erklärung geknüpft sind; die Fiction der Willenserklärung thut in beiden Fällen vollkommen gleichen Dienst, und die Absicht des Gesetzgebers, den Zwang zur realen Handlung da auszuschliessen, wo man ohne ihn auskommen kann, wird also zu der Annahme führen müssen, dass auch bei Formalerklärungen kein Zwang zur Erklärung, sondern nur die Fiction derselben eintritt.

Hierauf weist auch mit Sicherheit der Rechtszustand hin, an welchen sich die C.-Pr.-O. anschloss. Eintragungen und Löschungen im Grundbuche erfolgen ausnahmslos nur auf Grund gerichtlicher Erklärungen oder gerichtlich oder notariell aufgenommener oder beglaubigter Urkunden [1]), und doch genügt statt ihrer das rechtskräftige Urtheil, welches zur Abgabe der Erklärung schuldig spricht. Wenn man nun bei Abfassung der C.-Pr.-O. die Absicht hatte, den im Grundbuchrecht anerkannten Satz zu verallgemeinern, so lässt sich doch in der That nicht absehen, warum formelle Erklärungen ausserhalb des Grundbuchrechtes von der Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O.

[1]) Gesetz über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 2; Grundbbuch-Ordnung § 31 ff. § 53.

ausgeschlossen sein sollten [1]). Das Urtheil ersetzt die Willenserklärung vielmehr in jeder Form [2]).

Hieraus folgt zugleich in Verbindung mit dem früher Bemerkten, dass auch die Verurtheilung zur Ausstellung einer Quittung, eines Zeugnisses von bestimmtem Inhalt keine Zwangsvollstreckung zur realen Erfüllung des Urtheils nach sich zieht, sondern es lediglich bei der rechtskräftigen Feststellung der Tilgung der Schuld, über welche quittirt, der Thatsache, welche bezeugt werden sollte, sein Bewenden hat. Denn wir haben oben gesehen, dass höchstens die Form der begehrten Erklärung dem Kläger ein Recht geben könnte, auf Grund des Urtheils die reale Ausstellung der Urkunde zu verlangen. Ist es aber richtig, dass die Urkunde als Trägerin der Willenserklärung durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt wird, so muss dasselbe auch von der Urkunde als Trägerin des blossen Eingeständnisses einer Thatsache gelten. Die Quittung ist mehr, wenn sie Form des liberatorischen Vertrages oder Trägerin der Löschungsbewilligung des Hypothekgläubigers, als wenn sie blosses Bekenntniss der empfangenen

---

[1]) Auch die Vorschrift (§ 779 Abs. 2), dass die Fiction der Willenserklärung bei Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung kommt, könnte man als eine Bestätigung der hier vertretenen Auffassung ansehen. Denn diese Ausnahmevorschrift war nur dann nothwendig, wenn man der Ansicht war, dass die Form des Eheschliessungsaktes vor dem Standesbeamten der Anwendung des Grundsatzes in § 779 Abs. 1 nicht hinderlich gewesen sein würde. So Bunsen a. a. O. S. 339 [85]. Doch ist dies Argument nicht durchschlagend; denn auch von § 774 wird die Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe ausdrücklich ausgenommen (§ 774 Abs. 2). Eine dieser Ausnahmevorschriften ist jedenfalls unnöthige Vorsicht. Fällt die Eheschliessung an und für sich unter § 779, so war es überflüssig, sie von § 774, fällt sie an und für sich unter § 774, so war es überflüssig, sie von § 779 auszunehmen.

[2]) Selbstverständlich ersetzt das Urtheil nicht die etwa nöthige correspondirende Willenserklärung des Klägers; verlangt daher das Recht schriftliche, notarielle oder gerichtliche Abgabe auch der letzteren, so muss diese in der nöthigen Form real abgegeben werden, wie auch selbstverständlich der Kläger, der eine Verurtheilung des Beklagten zur Auflassung erstritten hat, seinen correspondirenden Eintragungsantrag vor dem Grundbuchgericht zu erklären nicht ersparen kann. Dies ist für den notariellen Vertrag nach Bericht Kleinfellers, Z.-S. f. C.-Pr. B. 17 S. 254, näher ausgeführt von Goldenring, Jur. Z.-S. für Elsass-Lothringen B. 16 S. 157 ff. Diese Zeitschrift war mir nicht zugänglich.

Zahlung ist; wird sie ersteren Falles durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt[1]), so kann das im letzteren Falle nicht anders sein.

Selbst wenn eine Urkunde, z. B. eine Vollmacht, zur Legitimation gegenüber Dritten, Behörden wie Privatpersonen, erforderlich ist, kann hiervon keine Ausnahme zugestanden werden. Sind doch die Urkunden über Bewilligung von Einträgen in das Grundbuch durchweg solche, welche der Kläger zu seiner Legitimation bei dem Grundbuchrichter braucht. Wenn man erwägt, dass, wie oben ausgeführt, das rechtskräftige Urtheil Dritten gegenüber ebenso wirksam ist, wie die Erklärung des Beklagten, so wird jedes Bedenken in dieser Richtung verschwinden müssen. Wollte man etwa Rücksicht darauf nehmen, dass dritte Private aus Unkunde der Prozessordnung dem Urtheil gegenüber Schwierigkeiten machen könnten, die sie gegen die reale Unterschrift des Verurtheilten nicht erheben würden, so steht dem gegenüber die Rücksicht auf den Beklagten, den das Gesetz mit Zwang zur Abgabe der Willenserklärung verschont wissen will, und das ist die höhere Rücksicht. Wollte man Zwang nach § 774 C.-Pr.-O. gegen den Beklagten ausüben, damit er die Unterschrift abgebe, weil der Kläger fürchtet, dass Dritte dem Urtheil keinen Glauben schenken würden, so stände das auf genau derselben Stufe, wie wenn man den Beklagten durch Geldstrafen oder Haft zum Traditionskonsens zwingen wollte, weil der Kläger fürchtet, dass Dritte ihn auf Grund der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher nicht als Eigenthümer respektiren werden. Soweit der Sieger rechtlichen Anspruch auf Respekt vor dem Urtheil hat, mag er gegen die Dritten mit Rechtszwang vorgehen; scheut sich jemand etwa aus übertriebener Vorsicht, mit ihm auf Grund des Urtheils zu kontrahiren, so kann das dem Sieger freilich nachtheilig sein, aber für diesen Nachtheil gewährt das Recht ebenso wenig Abhülfe, wie wenn der Dritte sich scheuen würde, dem Kläger die ihm durch den Gerichtsvollzieher übergebene Sache abzukaufen. Auch sind das Schwierigkeiten, welche sich bei dem Urtheil, das zu mündlicher Willenserklärung verurtheilt, genau ebenso ergeben können, und die, sollten sie bestehen, verschwinden werden, wenn eine kon-

[1]) Vgl. Grundb.-O. § 94 Nr. 1 mit Nr. 2.

stante sachgemässe Rechtsprechung die erforderliche Kenntniss von dem Grundsatz der C.-Pr.-O. verbreitet haben wird.

Bislang ist die Rechtsprechung noch sehr getheilt. Das Oberlandesgericht zu Kiel [1]) hat angenommen, dass die Verurtheilung, einen Tauschkontrakt zu vollziehen, zur Zwangsvollstreckung wegen Handlungen führe (und zwar nach § 774 C.-Pr.-O.); ebenso sprach sich derselbe Gerichtshof [2]) in Bezug auf ein Urtheil aus, welches den Beklagten verurtheilt hatte, einen schriftlichen Kaufkontrakt über die von ihm den Klägern verkauften Grundstücke zu vollziehen und den Kaufkontrakt zu erfüllen. Das Landgericht hatte in diesem Falle angenommen, dass der Vertrag mit Rechtskraft des Urtheils als errichtet zu gelten habe, allein das Oberlandesgericht führt aus: Da der Vertrag bei Abgabe des Urtheils noch nicht angefertigt gewesen sei, der Beklagte also zur Errichtung eines dem Urtheil entsprechenden Vertrages schuldig erkannt sei, so müsse § 774 C.-Pr.-O. zur Anwendung gelangen, weil die Genehmigung des Kaufvertrages und die sich daran anschliessende Vollziehung des Kontraktes eine Handlung sei, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden könne und ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhänge.

Der genauere Sachverhalt ist aus den Publikationen nicht ersichtlich. Es sind aber doch nur zwei Fälle denkbar. Entweder der mündliche Vertrag ist nach allen Richtungen hin bestimmt, so dass der schriftliche Vertrag nichts als Wiedergabe seines Inhaltes ist. In diesem Falle ist mit dem Landgerichte zu behaupten, dass die Fiction des § 779 vollkommen durchgreift; denn es liegt hier nichts vor, als das Recht auf eine Willenserklärung genau bekannten Inhalts, die Schrift ist nur Form der Willenserklärung und wird durch das Urtheil ersetzt.

Allerdings ist damit nur dann alles in Ordnung, wenn der volle Inhalt des zu errichtenden Vertrages aus dem Tenor des Urtheils, vorbehaltlich seiner Interpretation aus Thatbestand und Gründen, abgelesen werden kann. Dies scheint in den von dem Oberlandesgericht Kiel behandelten Fällen nicht vorgelegen zu haben, und daraus die

[1]) Beschl. v. 29. VI. 83, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1883 S. 309.
[2]) Urth. v. 17. XII. 83, Seufferts Archiv B. 39 S. 378.

Schwierigkeiten entstanden zu sein. Allein nichts steht im Wege, durch gehörige Fassung des Klagantrages ein derartig vollständiges Urtheil herbeizuführen, und auch das Gericht wird nach § 130 Abs. 1 C.-Pr.-O. darauf hinzuwirken haben. Würde aber das Urtheil unbestimmt lauten, etwa dahin, dass der Beklagte verurtheilt werde, mit dem Kläger einen schriftlichen Kaufkontrakt entsprechend dem mündlichen Vertrage zu errichten, ohne dass der Inhalt des mündlichen Vertrages im Urtheil festgestellt wäre, so wäre das ein Mangel, dem man nicht durch ein Verfahren nach § 774 C.-Pr.-O. abhelfen könnte. Es hängt durchaus nicht ausschliesslich vom Willen des Beklagten ab, sich mit dem Kläger über obwaltende Differenzen in Bezug auf den dem schriftlichen Vertrage zu gebenden Inhalt zu einigen. Dies ist eine unübersteigliche Schranke, welche sich dem Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. entgegenstellt. Natürlich muss es einen Weg geben, solchen Streit durch den Richter aus dem Wege räumen zu lassen, aber das von vorn herein unzulässige Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. darf dazu nicht missbraucht werden. Über den Inhalt des abzuschliessenden Vertrages ist im ordentlichen Verfahren zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden; oder sollte es möglich sein, etwa den Streit, ob mündlich ein Kaufpreis von 10000 oder 15000 M. vereinbart sei, im Zwangsvollstreckungsverfahren zu erledigen? Das Gesetz will keinen Zwang gegen den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung; es darf ihm also auch nicht durch eine in Ergänzung eines ungenauen Urtheils nach § 774 C.-Pr.-O. erlassene Entscheidung ein Zwang auferlegt werden, der gänzlich überflüssig wäre, wenn der Beklagte durch Urtheil zur Abgabe der Willenserklärung in hinlänglicher Bestimmtheit schuldig erkannt wäre. Gesetzt, jemand wäre verurtheilt, zu leisten oder zu zahlen, was ihm nach einem bestimmten Vertrage obliegt, könnte es da Sache des Zwangsvollstreckungsverfahrens sein, festzusetzen, was das ist? Unbedingt nicht. Ein solches Urtheil wäre vielmehr wegen seiner Unbestimmtheit exekutionsunfähig, und es müsste auf Grund desselben anderweit auf die bestimmte Leistung geklagt werden. Genau so ist es auch hier der richtige Weg, auf Grundlage des ersten Urtheils eine zweite Klage anzustellen und den Schuldner anderweit mit der gehörigen Determination zur Abschliessung des

Vertrages verurtheilen zu lassen. Ist dies geschehen und das Urtheil rechtskräftig, so tritt trotz der verlangten Schriftform die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. ein. Blosse Feststellungsklage ist die zweite nicht. Das zweite Urtheil soll nicht die Rechtsfolgen feststellen, welche die nach ihrem Inhalt feststehende, durch das erste Urtheil fingirte Willenserklärung hätte, sondern dieser Willenserklärung erst ihren Inhalt geben unter Benutzung des rechtskräftigen ersten Urtheils.

Der zweite denkbare Fall ist der, dass der Vertrag abgeschlossen ist unter dem Vorbehalt der Einigung über gewisse, vorläufig in der Schwebe gelassene Punkte. Dies kann bekanntlich in doppeltem Sinne gemeint sein. Entweder wurden nur gewisse Accidentalien des Vertrages in Aussicht genommen in der Weise, dass, falls man sich über sie nicht einige, der Vertrag gleichwohl bestehen und schriftlich vollzogen werden sollte. Dann gilt alles für den ersten Fall Gesagte auch hier: Es kann geklagt werden auf Vollziehung des Vertrages; das Urtheil ersetzt den schriftlichen Vertrag, und statt jener nicht zu Stande gekommenen Abreden gelten die naturalia negotii. Oder aber es war die Meinung, dass der Vertrag nur bei Einigung über die vorbehaltenen Punkte überall in Geltung treten und vollzogen werden sollte. Dann darf einer Klage auf Vollziehung des Vertrages gar nicht statt gegeben werden, weil eine gültige Obligation nicht vorliegt [1]). Würde das Urtheil gleichwohl den Beklagten zur Vollziehung des Vertrages verurtheilen, so wäre wieder zweierlei möglich: entweder das Urtheil verpflichtete den Beklagten, in Bezug auf die offen gelassenen Punkte in dem und dem Sinne zu konsentiren: dann wäre es zwar verkehrt, aber darum nicht weniger rechtskräftig, und der Vertrag gälte in diesem Sinne als geschlossen; oder aber es verurtheilte den Beklagten zur Vollziehung des Vertrages unter Vorbehalt der Einigung über die offen gelassenen Punkte; dann wäre es ebenfalls verkehrt, aber seine Rechtskraft unschädlich; denn die Fiction der Einigung der Parteien wäre sinnlos, Zwangsverfahren unstatthaft, weil die Einigung nicht vom Willen des Beklagten ausschliesslich abhängt, und eine zweite Klage, worin begehrt würde, den Beklagten zu verurtheilen, sich mit dem Kläger über die und

[1]) Vgl. Degenkolb, Archiv für die civil. Praxis B. 71 S. 30.

die Dinge zu einigen, oder etwa nach § 778 C.-Pr.-O. das Interesse zu leisten, könnte und müsste abgewiesen werden. Nach allen Richtungen hin ergiebt sich also, dass das Urtheil, welches den Beklagten zur schriftlichen Errichtung eines Vertrages verurtheilt, sich entweder nach § 779 C.-Pr.-O. selbst vollstreckt oder gar nicht vollstreckbar ist.

Ein hochinteressanter Fall der Klage auf Vollmachtsertheilung ist vom dritten Senat des Reichsgerichts[1]) behandelt. Graf E. v. D., Kläger und Widerbeklagter, ist auf die Widerklage eines der Beklagten (Frhrr. v. D.) vom Landgericht zu Kassel rechtskräftig verurtheilt: „Den Mitverklagten II in seiner Stellung als Generalbevollmächtigten der Familie v. D. im Sinne des § 9 pos. 1 des Statuts vom Jahre 1841 und der Supplementarübereinkunft von 1844 und mit den ihm hiernach zustehenden Zuständigkeiten anzuerkennen, auch demselben die zur Führung dieser Verwaltung und zur Vertretung des Familienbesitzes den Staatsbehörden und Dritten gegenüber erforderliche Vollmacht nach Massgabe des § 3 der Supplementarübereinkunft von 1844 auch für seinen Antheil zu ertheilen." Der Widerkläger hat den Verurtheilten brieflich aufgefordert, den dem Briefe beiliegenden Vollmachtsentwurf durch seine Unterschrift zu vollziehen und ihm auszuhändigen. Nach Ablehnung dieses Ansinnens hat der Kläger den Wortlaut des Vollmachtsentwurfs durch Familienbeschluss festgestellt und durch notarielles Protokoll bestätigen lassen, und sodann bei dem Landgericht beantragt, zu erkennen, dass der Widerbeklagte durch Geldstrafe, eventuell durch Haft anzuhalten sei, „dem Urtheil vom 4. X. 80 durch Vollziehung des Vollmachtsentwurfes und dessen Aushändigung an den Widerkläger nachzukommen." Das Landgericht hat dem statt gegeben, das Oberlandesgericht dagegen auf Beschwerde den Antrag zurückgewiesen, weil der Widerbeklagte „durch die Urtheilsdecisive vom 4. Oktober 1880 schuldig erkannt sei, eine dem Wortlaute dieser Verurtheilung entsprechende Willenserklärung abzugeben, eine solche Willenserklärung aber mit der Rechtskraft des Urtheils gemäss § 779 der C.-Pr.-O. als in derjenigen Form abgegeben gilt, in welcher dieselbe

[1]) Beschl. v. 23. X. 83, Heuser, Annalen B. 28 S. 133 ff., Annalen des Reichsgerichts B. 8 S. 509.

erfolgen sollte, mithin für die Anwendung des § 774 C.-Pr.-O. im untergebenen Falle kein Raum bleibe.“ Das Reichsgericht wiederum wies auf die weitere Beschwerde die Sache an das Oberlandesgericht zurück mit der Begründung: „Der § 779 der C.-Pr.-O. kommt nicht zur Anwendung, wenn das Urtheil, um dessen Vollstreckung es sich handelt, dem Beklagten nicht blos die Abgabe einer Willenserklärung, sondern ein bestimmtes positives Thun ausdrücklich vorschreibt. Letzteres ist aber durch das in Frage stehende Urtheil insofern geschehen, als darin neben dem, dass der Kläger, Widerbeklagte, zur Anerkennung des Generalbevollmächtigten verurtheilt ist, ihm auch die Verpflichtung auferlegt wird, die für die Geschäftsführung dieses Bevollmächtigten Dritten gegenüber erforderliche Vollmacht zu ertheilen. Diese Vollmachtsertheilung, nämlich die Ausstellung und Aushändigung einer Vollmachtsurkunde mit entsprechendem Inhalt, ist eine besondere positive Leistung, welche durch die gesetzliche Fiction des § 779 der C.-Pr.-O. nicht ersetzt werden kann, und welche vielmehr im Weigerungsfalle mittelst Anwendung des § 774 der C.-Pr.-O. zu erzwingen ist.“[1]) Das Reichsgericht gab daher dem Oberlandesgerichte auf: „in Anwendung des § 774 R.-C.-Pr.-O. und unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien bezüglich des Inhalts der auszustellenden Vollmachtsurkunde bestehenden Differenzpunkte weiteren Beschluss zu fassen.“

Stellen wir uns zunächst einmal vor, dass der Wortlaut der Vollmacht in das Urtheil aufgenommen gewesen wäre, so würde kein Zweifel daran sein können, dass das Urtheil die Vollmacht vollkommen ersetzt hätte. Wie es zugeht, dass das Urtheil den Widerbeklagten verurtheilte, den Widerkläger als Generalbevollmächtigten anzuerkennen und ihm für seinen Theil Vollmacht zu ertheilen, kann freilich aus dem veröffentlichten Thatbestande nicht ermessen werden. Auf den Ausdruck des Urtheils kann es aber nicht ankommen (vgl. oben: „ausdrücklich vorschreibt“), sondern nur darauf, ob die Ausstellung und Aushändigung der Vollmacht sachlich noch etwas anderes ist, als Abgabe einer Willenserklärung. Entweder war nun nach dem Statut die Ertheilung der schriftlichen Vollmacht seitens der

---

[1]) Bis hierher nach Heusers Annalen; das Folgende nach den Annalen des Reichsgerichts.

Familienmitglieder unerlässlich, um dem Widerkläger die Rechte des Generalbevollmächtigten zu verleihen, gab ihm also das Statut nur das Recht, auf diesem Wege Generalbevollmächtigter zu werden; dieses wäre der höchste Grad von Bedeutung, welcher der Vollmacht zukommen könnte; oder aber der Widerkläger stellte sich schon nach dem Statut als Generalbevollmächtigter dar, und die Ertheilung der Vollmacht hatte nur die Bedeutung, wie etwa die vereinbarte Niederschrift eines bündig abgeschlossenen Vertrages, aus welchem die Parteien auch ohne dies alle seinem Inhalt entsprechenden Rechte haben. Dem Anscheine nach war letzteres der Fall. Aber mag das eine oder das andere zutreffen, so ist doch die Vollmacht nichts als eine schriftliche Willenserklärung; und es ist gar nicht abzusehen, wo das Besondere, Positive der Ausstellung und Aushändigung der Vollmacht im Gegensatz zur Abgabe einer Willenserklärung liegen soll. Natürlich ist das Schreiben eine Handlung und das Geben des Schriftstückes ebenfalls, aber das Sprechen ist es um nichts minder, und man könnte ebensogut das Ja-Sagen wie das Unterschreiben für eine besondere positive Leistung erklären. Um zu beweisen, dass die Ausstellung der Vollmacht nicht durch die Rechtskraft des Urtheils gemäss § 779 C.-Pr.-O. ersetzt werde, müsste der Beweis geführt werden, dass dieser Akt mehr ist, als Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung, wie z. B. beim Wechsel und manchen andern unten zu besprechenden Urkunden der Fall ist.

Freilich, dass der Kläger durch das Urtheil nicht genau dasselbe hat, als worauf sein materielles Recht ging, die Unterschrift des Beklagten, ist richtig; aber es hat dem Rechte, und aus guten Gründen, gefallen, auszusprechen, dass er sich mit dem Ersatz der gegnerischen Willenserklärung durch die richterliche begnügen muss. Liegt die Sache irgendwie anders, als wenn der Kläger statt der mündlichen Erklärung des Beklagten sich mit dem richterlichen Urtheil oder statt der Traditionserklärung durch den Beklagten mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher begnügen muss? Der grosse Sinn des § 779 C.-Pr.-O. ist eben der, dass das Recht, wo es sich um die Schöpfung von Rechtsfolgen handelt, den Zwang durch indirekte, noch dazu unsicher wirkende Zwangsmittel verschmäht, und die Rechtsfolgen, welche die Partei setzen sollte, unmittelbar durch

sein Organ, den Richter, setzt. Diese Bedeutung des Gesetzes würde man aufs äusserste verkümmern, wenn man alle schriftlichen Erklärungen von dem § 779 eximiren wollte. Dies aber müsste konsequent das Reichsgericht thun; denn wenn in dem vorliegenden Falle die Ausstellung und Aushändigung der Vollmachtsurkunde eine besondere Leistung ist, welche über den Rahmen der Willenserklärung hinausgeht, so würde das bei jeder andern schriftlichen Willenserklärung auch gelten müssen.

Es hatte daher in dem vorliegenden Falle das Oberlandesgericht durchaus Recht, wenn es den Antrag auf Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. ablehnte. Allerdings lässt der Tenor des Urtheils, dessen Vollstreckung zur Frage steht, so allgemein, wie er lautet, die Möglichkeit eines Streites unter den Parteien in der Richtung übrig, welchen Inhalt nun die durch das Urtheil statt der Erklärung des Widerbeklagten geschaffenen Machtbefugnisse des Widerklägers hätten. Das Urtheil ist referens sine relato, weil es über den Inhalt der in Bezug genommenen Familiensatzungen, denen die Vollmacht folgen soll, nichts entscheidet. Aber es gilt über das Mittel, diese Unklarheit zu beseitigen, ganz dasselbe, was oben zu den Beschlüssen des Oberlandesgerichts Kiel bemerkt ist: es hängt nicht von dem Willen des Widerbeklagten ausschliesslich ab, sich über den Inhalt der Vollmacht gütlich mit dem Widerkläger zu einigen, und schon darum kann § 774 C.-Pr.-O. nicht angewendet werden. Der Widerkläger musste vielmehr eine zweite Klage anstellen, bei welcher als feststehend anzusehen war, dass der Widerbeklagte nach Massgabe des § 3 der Supplementarübereinkunft von 1844 Vollmacht zu ertheilen hätte, und es war nunmehr der Text dieser Vollmacht durch Urtheil festzusetzen. Die Verurtheilung zur Ertheilung einer solchen Vollmacht würde trotz der Schriftform die wirkliche Ertheilung der Vollmacht ersetzen. Hat man dagegen praktische Bedenken, so wolle man erwägen, dass auch nach der Ansicht des Reichsgerichtes das Gericht den vollen Wortlaut der Vollmacht festsetzen müsste, nur in anderem Verfahren, und dass der Widerkläger die ganzen Weitläufigkeiten durch sachgemässe Anträge im ersten Prozesse hätte vermeiden können.

Die hier vertheidigte Ansicht wird getheilt von dem Oberlandes-

gericht zu Dresden[1]). Auf Grund eines Urtheils, durch welches die Beklagte verurtheilt war, „dem Kläger eine zur Löschung der fraglichen Hypothek geeignete Quittung und Löschungsbewilligung herauszugeben", hatte der Kläger unter Vorlegung der mit dem Zeugniss der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Urtheils bei der Grund- und Hypothekenbehörde die Löschung beantragt. Diese aber verwies ihn an den Prozessrichter, bei welchem zuvörderst weitere Anträge zu stellen seien, da die Verurtheilung nicht auf die Abgabe einer Willenserklärung, sondern auf Herausgabe einer löschungsfähigen Quittung, mithin auf ein Thun der Beklagten gerichtet sei. Das Oberlandesgericht jedoch erachtete die hiergegen erhobene Beschwerde für begründet, indem es zunächst ausser Zweifel stellte, dass die Löschung auf Grund des § 779 C.-Pr.-O. zu erfolgen habe, wenn die Verurtheilung unmittelbar auf Bewilligung der Löschung gerichtet sei, dann aber fortfuhr, dass durch die Fassung des vorliegenden Urtheils daran nichts geändert werde. Das Gericht bemerkt zwar dabei, dass nach dem Thatbestande der Kläger die reale Ausstellung der löschungsfähigen Quittung nicht verlange, spricht ihm aber auch jedes rechtliche Interesse daran ab und zeigt in seiner Begründung deutlich, dass, auch wenn er sie verlangen würde, es bei der Fiction gemäss § 779 C.-Pr.-O. sein Bewenden haben müsste. „Rechtliches Gewicht ist hierbei allenthalben, es mag die Ausdrucksweise des Urtheils sein, welche sie wolle, nur darauf zu legen, dass dem Kläger die Füglichkeit verschafft werden soll, die Löschung herbeizuführen. Wenn dies nun auch nicht anders erreicht werden kann, als durch den urkundlichen Nachweis der erfolgten Abgabe der Löschungsbewilligung, und daher der Kläger erst dann klaglos gestellt ist, wenn die bezügliche Erklärung in einer diesen Nachweis ermöglichenden Form abgegeben worden ist, dies aber wiederum ohne ein äusserlich hervortretendes Handeln des Beklagten nicht geschehen kann, so lässt sich doch dies Handeln als etwas, was neben der im Streit befangenen Erklärung als Gegenstand der Verurtheilung in Betracht käme und die Anwendung der Vorschrift in § 779 der C.-Pr.-O. ausschlösse, nicht ansehen; denn andere Erklärungen als solche, an deren Erweislich-

[1]) Beschluss vom 1. VI. 1881, Annalen B. 3 S. 540 ff. Vgl. auch Beschluss vom 11. IX. 1891, Annalen B. 12 S. 520.

machung nach der einen oder anderen Richtung hin die klagende Partei ein Interesse hätte. und die daher in einer diesen Nachweis gestattenden Form abgegeben werden müssen, können als Streitobjekt im rechtlichen Verkehre überhaupt nicht vorkommen. Insofern enthält jede Verurtheilung zur Abgabe irgend welcher Erklärung an sich zugleich eine Verurtheilung zum Handeln; die Ausübung eines direkten Zwanges in solchen Fällen zu ersparen, ist aber eben der Zweck der Vorschrift in § 779 der C.-Pr.-O.“ Zu weit gehend würde es in diesen Ausführungen nur sein, wenn gemeint sein sollte, dass Klagen auf gänzlich formlose Willenserklärungen nicht vorkommen könnten. Man braucht nur an die Klage des Universalfideikommissars auf Antretung der Erbschaft und Restitutionserklärung zu denken; beide Erklärungen sind ganz formlos und in dem Augenblicke, wo der Fiduciar mündlich und ohne Zeugen dem Fideikommissar gegenüber beides erklärte, würde die Klage gegenstandslos. Richtig bleibt aber auch dann, dass die Willenserklärung ein Handeln ist; das Entscheidende für die Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. ist nur, dass diese Handlung nichts Rechtserhebliches weiter als Willenserklärung ist.

Es giebt in der That Urkunden, deren Ausstellung mehr ist als Willenserklärung, und zwar in nicht kleiner Zahl. Vor allen Dingen gehört hierher der Wechsel [1]). Nicht deswegen, weil Wechselerklärungen qua Willenserklärungen in sublimerer Art der Schriftform unterworfen wären, als andere schriftliche Willenserklärungen; wäre die Ausstellung des Wechsels lediglich Willenserklärung, so würde sie der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. vollkommen zugänglich sein. Die unmittelbaren Rechtsfolgen einer Wechselunterschrift als Willenserklärung gegen den Beklagten auf Grund der Fiction des § 779 so zu verwirklichen, wie wenn er selbst unterschrieben hätte, wäre an sich ganz unbedenklich. Es könnte z. B. gegen den, welcher zur Acceptation verurtheilt ist, auf Zahlung geklagt werden, wie

[1]) Wenn der Sinn des Urtheils überhaupt ist, dass eine Wechselunterschrift vom Beklagten nothwendig abgegeben werden muss. Dem Reichsgericht III. Senat, Beschluss vom 8. Dezember 1882, Entsch. B. 8 S. 355, ist zuzugeben, dass unter Umständen in dem zur Ausstellung eines Wechselaccepts verurtheilenden Urtheil lediglich die Verurtheilung zur Zahlung der Wechselsumme unter Hinzufügung einer Zahlungsmodalität liegt, so dass die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen stattfindet.

wenn er acceptirt hätte. Dem stände der Satz der W.-O. Art. 21: „die Annahme des Wechsels muss auf dem Wechsel schriftlich geschehen“, ebenso wenig im Wege, wie sonst die nothwendige Schriftform der Erklärung sie dem § 779 C.-Pr.-O. entzieht. Und wenn gleichwohl die Fiction in dieser Richtung nicht eintritt, so liegt das daran, dass die Willenserklärung nur ein Element der Wechselausstellung und der sonstigen Unterschriften auf dem Wechsel ist, und dass der § 779 entweder die den Gegenstand der Verurtheilung bildende Handlung als eine reine Willenserklärung ganz, oder aber als eine über die blosse Willenserklärung hinausgehende Handlung gar nicht fingirt. Die Ausstellung des Wechsels ist ausser der Willenserklärung, die sie enthält, die Herstellung einer rechtlich wichtigen Sache, welche durch die Fiction der Willenserklärung nicht ersetzt werden kann, deren reales Vorhandensein vielmehr unentbehrlich ist als sächliche Unterlage für weitere rechtliche Massnahmen, auf deren Ermöglichung der Kläger ein Recht hat. Indossament und Accept sind aus gleichen Gründen unentbehrliche Veränderungen an dieser Sache. Es bedarf, um dies klar zu stellen, keines Eingehens auf die verschiedenen Wechseltheorien, sondern es werden folgende einfache Erwägungen genügen. Die C.-Pr.-O. sagt, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt, aber sie sagt nicht, dass die Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ein Wechsel sein solle; damit ist eigentlich alles gesagt. Man kann das Urtheil nicht indossiren, nicht statt des Wechsels zur Annahme oder Zahlung präsentiren, es kann kein Accept darauf gesetzt werden u. s. w. u. s. w. Würde jemand zur Indossirung eines bestimmten Wechsels, den er in Händen hat, auf den Kläger verurtheilt sein, so muss der Kläger in den Besitz des Wechsels gesetzt werden, und zwar mit dem darauf gesetzten Indossament; das Urtheil kann in der zusammenhängenden Reihe von Indossamenten, welche das Wechselrecht fordert, keinen Platz ausfüllen. Ebenso ist das rechtskräftige Urtheil, welches zum Geben eines Wechselacceptes verurtheilt, nicht seinerseits ein Accept; man kann nicht mit dem Wechsel und dem Urtheil wechselmässig so weiter prozediren, wie mit dem acceptirten Wechsel.

Dies alles ist nichts dem Wechsel allein Eigenthümliches. Vielmehr gilt ganz Entsprechendes von der Ausstellung aller Orderpapiere

und selbstverständlich auch der Inhaberpapiere. Ist z. B. Jemandem bei einer in Aussicht genommenen Emission seitens des Ausgebers vertragsmässig eine bestimmte Zahl von Papieren zugesichert und der Ausgeber rechtskräftig verurtheilt, sie auszufertigen und dem Kläger herauszugeben, so ist er zu Handlungen verurtheilt, die nicht blos Willenserklärungen sind. Wohl könnte aus der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unmittelbar das Recht gegen den Emittenten auf die Leistungen abgeleitet werden, welche durch die Papiere verbrieft werden sollten, aber diese Fiction könnte nicht von Hand zu Hand gegeben werden, wie das Papier.

Es gehören aber auch manche andere Urkunden hierher, z. B. die nicht an Order lautende Anweisung, welche der Assignatar real haben muss, um sie acceptiren lassen zu können (Art. 300 H.-G.-B.), der Frachtbrief[1]), der Recta-Ladeschein[2]), das Recta-Konnossement[3]), weil auch diese Urkunden unentbehrliche reale Grundlage für Rechtshandlungen sind, die demjenigen, der ein Recht auf solche Urkunden hat, ermöglicht werden müssen, und durch die Fiction der in ihrer Ausstellung steckenden Willenserklärung nicht ermöglicht werden können. Hierin besteht der grosse Unterschied zwischen Urkunden dieser Art, deren Aufzählung zu erschöpfen nicht die Absicht ist, und der Errichtung eines schriftlichen Vertrages, Ausstellung einer Vollmacht u. s. w. Bei letzteren Urkunden schafft die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. wirklich den vollen Rechtserfolg, welchen die Ausstellung der Urkunde haben würde, und nur Unkunde oder überflüssiges Misstrauen können dem Kläger Schwierigkeiten bereiten; bei jenen dagegen ist die reale Urkunde von Rechts wegen unerlässlich.

Nicht kann zugegeben werden, dass auch dann die Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. ausgeschlossen ist, wenn das Urtheil auf

---

[1]) Vgl. Art. 401 Abs. 2. 402. 406 H.-G.-B.

[2]) Art. 416 H.G.-B. Der Absender kann nur durch reale Einhändigung des Ladescheines einem Dritten die Stellung des rechtmässigen Inhabers des Ladescheines gewähren, wozu er vielleicht sich verpflichtet hat, oder woran er sonst ein Interesse haben kann.

[3]) Vgl. Art. 647 H.-G.-B. Besonders wichtig in Bezug auf Rectakonnossement und Ladeschein ist Art. 649 H.-G.-B., wenn es richtig ist, worüber gestritten wird, dass auch für sie der dort ausgesprochene Grundsatz gilt.

Ausstellung einer Urkunde lautet, welche im Auslande, ausserhalb des Geltungsgebietes der C.-Pr.-O., benutzt werden soll. Die Natur der Urkunde ändert sich dadurch, dass sie im Auslande gebraucht werden soll, nicht im mindesten. Es kann nicht angenommen werden, dass die C.-Pr.-O. den Zwang zur realen Abgabe der Willenserklärung, den sie grundsätzlich verwirft, zur Anwendung gebracht wissen wollte in Rücksicht auf das ausländische Recht, welches der Rechtskraft des deutschen Urtheils die Anerkennung versagt. Soweit der Arm des deutschen Rechtes reicht[1]), gilt die Willenserklärung als abgegeben, und der deutsche Richter müsste geradezu die Rechtskraft seines eigenen Urtheils ignoriren, wenn er trotzdem Zwangsmassregeln zur realen Erzwingung der Erklärung anwenden wollte, Zwangsmassregeln, die sein Recht ihm verbietet, zur Erzwingung von Willenserklärungen zu benutzen. Man würde von der gegentheiligen Auffassung aus folgerichtig auch bei Verurtheilung zu mündlichen Erklärungen, wenn der Gläubiger sich auf sie im Auslande zu berufen gedenkt, den Zwang zur realen Erklärung anwenden müssen.

Allein zunächst, wenn der Kläger nur wünscht, sich auf die Willenserklärung im Auslande berufen zu können, so kann das einen Zwang zur realen Abgabe der Erklärung gewiss nicht nach sich ziehen; diesen Wunsch könnte sonst leicht jeder Kläger äussern, und so der § 779 C.-Pr.-O. aus den Angeln gehoben werden. Hat er ein Recht auf eine auch im Auslande brauchbare Urkunde, so wird das in den meisten Fällen eine solche sein, welche schon ihrer Natur nach, als Wechsel, Konnossement, oder als Willenserklärung gegen Dritte im Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. zu erwirken ist; aber dann ist dies der ausschlaggebende Grund und nicht die Kollision mit dem ausländischen Rechte. Handelt es sich um eine Urkunde, welche ihrer Natur nach der Fiction des § 779 C.-Pr.O. unterliegt, so ist dem Kläger nach deutschem Rechte und von deutschem Gerichte durch nichts anderes als durch diese Fiction zu helfen. Reicht das im Auslande nicht aus, so ist das eine, wenn auch üble, Nebenfolge, welche das deutsche Recht auf sich nehmen musste, indem es, wie es gethan, die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Willens-

[1]) Allerdings nicht weiter. Vgl. unten V.

erklärungen gänzlich abschnitt und die Fiction der Willenserklärung durch das rechtskräftige Urtheil an die Stelle setzte[1]).

Es bleibt noch die Frage, ob auch solche Willenserklärungen der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unterliegen, welche an einem bestimmten Orte oder zu einer bestimmten Zeit abzugeben sind.

Eccius[2]) meint, dass, wenn die Erklärung an einem bestimmten Orte abzugeben sei, es ihres realen Vollzuges an diesem Orte bedürfe, und sieht es deswegen als eine noch jetzt auf das preussische Grundbuchrecht zu stützende Besonderheit an, dass gleichwohl die Auflassungserklärung, die doch vor dem zuständigen Amtsrichter abzugeben ist, durch das Urtheil ersetzt wird. Allein mit der Bindung der Erklärung an einen bestimmten Ort hat diese Vorschrift nichts zu thun, da der Richter die Auflassung ausserhalb seines Geschäftslokals entgegennehmen kann[3]).

Im übrigen würde es hier wie bei der Formalität der Erklärung angesichts der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes der besonderen Gründe bedürfen, wenn nicht auch eine an bestimmtem Orte abzugebende Erklärung durch das Urtheil ersetzt werden sollte. Denn es steht völlig in der Macht des Rechtes, die Folgen auch einer solchen Erklärung durch das Urtheil eintreten zu lassen, und nichts weist darauf hin, dass das Recht diese Macht hier nicht brauchen wollte, um zu dem sonst verworfenen Zwang zur realen Erklärung zurückzukehren. Selbstverständlich ist anders zu entscheiden, wenn das Erscheinen des Erklärenden an einem bestimmten Orte oder ein über den Rahmen der Willenserklärung hinausgehendes Handeln daselbst als Gegenstand der Verurtheilung aufzufassen ist, wenn beispielsweise ein Erblasser von derartigen Bedingungen die Erbeseinsetzung abhängig gemacht hat, und der Universalfideikommissar den Erben auf Erfüllung dieser Bedingungen und auf Antretung verklagt; denn in gewissen Grenzen kann er den Erben auch zur Erfüllung der Bedingungen anhalten[4]).

---

[1]) A. L.-R. I. 5 § 124 ist dadurch beseitigt. Gegen Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1.

[2]) Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. I § 56[5].

[3]) Turnau, Grundbuchordn. § 32 Anm. 5 S. 97.

[4]) Vgl. Windscheid Pandekten B. 3 § 664[3].

Soviel die Zeit der Erklärung angeht, so ist bestimmt, dass sie mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben gilt, und es ist nur zu prüfen, ob dies nach den für die Erklärung massgebenden Vorschriften rechtzeitig ist, und ob, falls nicht, dem Kläger wegen ihrer Verspätung Ansprüche zustehen.

Wir glauben als Ergebniss dieses Abschnittes verzeichnen zu dürfen: Der § 779 C.-Pr.-O. ist stets anwendbar, wenn der Beklagte zu einer dem Kläger gegenüber abzugebenden oder nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung von feststehendem Inhalt verurtheilt ist, ohne jede Rücksicht auf die Form der Erklärung. Er ist nicht anwendbar auf die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen nicht feststehenden Inhalts, oder gegen Dritte, sowie nicht auf Handlungen, welche nicht reine Willenserklärungen sind; zu diesen gehört namentlich die Ausstellung von Urkunden, welche als sächliche Grundlage rechtlicher Vorgänge unentbehrlich sind.

III.

Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung.

Ist in dem Urtheil die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt gemäss § 779 Abs. 1 Satz 2 C.-Pr.-O. die Fiction der Erklärung erst dann ein, wenn nach den Bestimmungen der §§ 664. 666 C.-Pr.-O. eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist. Die Vorschrift ist aus den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstages hervorgegangen. Der Paragraph enthielt in den Entwürfen über den angegebenen Fall keine Bestimmung, und v. Amsberg[1]) meinte, als die Frage in der Kommission angeregt wurde, es sei selbstverständlich, dass die Willenserklärung in Fällen dieser Art nicht eher als abgegeben gelte, als bis die Gegenleistung geleistet beziehungsweise offerirt sei. Die Kommission hielt aber gleichwohl für nöthig, eine besondere Vorschrift darüber in das Gesetz aufzunehmen, und aus verschiedenen

[1]) Protokolle der Justizkommission S. 418 (Hahn, Materialien S. 865).

Versuchen kam man zu der gegenwärtigen Fassung, welche man als im Einklang mit den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung befindlich ansah [1]). Indessen besteht dieser Einklang nur unvollständig. Die §§ 664. 666 verordnen, dass die vollstreckbare Ausfertigung eines Urtheils, dessen Vollstreckung seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, nur auf Anordnung des Vorsitzenden und nur dann ertheilt werden darf, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. Soviel Gegenleistungen angeht, bezieht sich diese Bestimmung nur auf Fälle, in denen dem Gläubiger die Vorleistung obliegt; denn nur dann hängt die Vollstreckung des Urtheils von dem Eintritt der Gegenleistung ab [2]). Ist die Verurtheilung dagegen auf eine Leistung Zug um Zug gerichtet, so wird die Vollstreckungsklausel in der regelmässigen Art ertheilt, und es muss nur spätestens bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung angeboten werden. Die fragliche Bestimmung des § 779 dagegen gilt in jedem Falle, wo die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, bezieht sich also auch auf die Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug. Die Vorschriften der §§ 664. 666 haben für diesen Fall durch § 779 erweiterte Anwendbarkeit erhalten.

Es muss also stets, mag der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung nach einer Vorleistung, oder Zug um Zug gegen eine Gegenleistung des Klägers verurtheilt sein, der Kläger die eigene Leistung bewerkstelligen und auf Grund einer dies beweisenden öffentlichen Urkunde die vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils erwirken. Steht ihm eine solche Urkunde nicht zu Gebote, so muss er gemäss § 667 C.-Pr.-O. auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel klagen. Dieser Paragraph ist zwar in § 779 nicht mit genannt; es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass dennoch auch dieses Mittel dem Kläger offen steht. Denn es hätte keinen vernünftigen Zweck, ihm dasselbe abzuschneiden. Die Willenserklärung gilt als abgegeben, sobald die

[1]) Kurlbaum II, Protokolle S. 720 (Hahn S. 1156).

[2]) Das ist zwar bestrittene, aber herrschende und u. E. richtige Ansicht. Vgl. oben S. 79.

vollstreckbare Ausfertigung ertheilt, d. h. in dem Augenblicke, wo sie dem Kläger ausgehändigt ist. Ihre Zustellung, ebenso wie die Zustellung einer Abschrift der öffentlichen Urkunden, auf deren Grund sie ertheilt ist, ist hier nicht, wie im § 671 Abs. 2 C.-Pr.-O. für den Beginn der Zwangsvollstreckung, vorgeschrieben und kann ebenso wenig in analoger Anwendung jener Paragraphen gefordert werden, wie die Zustellung des Urtheils selbst [1]). Dagegen ist die reale Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung unerlässlich. Auch wenn auf die Ertheilung der Klausel geklagt ist, genügt nicht, wie Falkmann [2]) behauptet, die Rechtskraft des die Ertheilung der Klausel anordnenden Urtheils, so wenig wie sonst die Anordnung des Vorsitzenden, dass die Klausel zu ertheilen sei, sondern erst die Ertheilung der Klausel selbst schafft die Fiction der Willenserklärung.

Es lässt sich nicht verkennen, dass diese Gestaltung des Zwangsvollstreckungsrechtes den Kläger zu einer Vorleistung nöthigt, welche ihm weder nach materiellem Recht, noch auch nach dem Inhalt des Urtheils obliegt. Dies ist ihm zwar insofern unschädlich, als ihm der Vollstreckungsmodus mit unfehlbarer Gewissheit die urtheilsmässige Leistung verschafft [3]). Immerhin aber wird der Kläger, welcher ein Recht darauf hat, im Moment seiner Gegenleistung die Willenserklärung des Beklagten zu empfangen, mit dem Zeitverlust belastet, der durch die Erwirkung der vollstreckbaren Ausfertigung nach Beschaffung seiner Gegenleistung hervorgerufen wird. Dem hätte wenigstens dadurch begegnet werden können, dass die Fiction der Willenserklärung auf den Zeitpunkt der Beschaffung der Gegenleistung zurückdatirt worden wäre, ein Zeitpunkt, dessen Nachweis der Kläger, soweit er daran interessirt ist, sich zu sichern wohl in der Lage ist. Auch fungirt hier die vollstreckbare Ausfertigung zu einem von dem normalen abweichenden Zwecke. Im allgemeinen soll sie die künftigen Schritte der Zwangsvollstreckung ermöglichen; hier soll sie die Zwangsvollstreckung selbst sein, die Fiction der Willenserklärung herbeiführen.

---

[1]) Vgl. oben S. 54.

[2]) Zwangsvollstreckung S. 313.

[3]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 3.

Klarer und dem materiellen Rechte besser entsprechend wäre es jedenfalls gewesen, wenn man die Form einer Bescheinigung dahin gewählt hätte, dass die Willenserklärung des Beklagten als in dem Zeitpunkte der Bewirkung der Gegenleistung abgegeben gelte [1]. Es ist wenigstens sehr zweifelhaft, ob das Interesse an der äusseren Gleichförmigkeit der Prozedur gross genug war, um ohne Rücksicht auf die obwaltende innere Verschiedenheit hier einfach die Vollstreckungsklausel zu verwerthen.

Übrigens darf die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht schlechthin von dem Nachweise der erfolgten Gegenleistung abhängig gemacht werden [2]; auch der Beweis des bedingungslosen Angebotes derselben genügt vielmehr. Denn nur soviel ergiebt sich aus den Vorschriften der C.-Pr.-O., dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung derjenigen zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung des Klägers gleichsteht. Es würde also der Nachweis allerdings nicht ausreichen, dass der Kläger die Leistung unter dem Verlangen des sofortigen Austausches gegen die Willenserklärung angeboten habe. Aber auch der zur Vorleistung Verpflichtete kann nach materiellem Recht seine Gegenforderung verfolgen, wenn er seine Vorleistung pure angeboten hat. Der Hinterlegung, die nicht einmal immer möglich ist, bedarf es dazu ebensowenig, wie des Verschuldens des Gegners bei Nichtannahme der Leistung [3]. Es ist undenkbar, dass die C.-Pr.-O. hierin etwas ändern wollte, weil sie damit dem Schuldner die Möglichkeit gewährte, der Zwangsvollstreckung beliebig auszubiegen. Die voll-

---

[1]) Aehnlich dem in dem sächsischen Entwurf von 1865 vorgesehenen Zeugniss; vgl. ob. S. 52 Anm. 2.

[2]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 3 sagen, mit Recht bemerke Eccius, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 23 S. 740, dass zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht blos das Anbieten, sondern in allen Fällen die Erfüllung der Gegenleistung gemäss § 664 C.-Pr.-O. nachgewiesen werden müsse, auch wenn diese Zug um Zug zu erfolgen hätte. In dieser Schärfe drückt sich Eccius a. a. O. S. 740 f. aber nicht aus, sondern scheint nur hervorheben zu wollen, dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung derjenigen zur Erklärung gegen Vorleistung gleichstehe.

[3]) Vgl. Windscheid, Pandekten B. 2 § 345 [11]. § 346 [4].

streckbare Ausfertigung ist also schon auf den Beweis des bedingungslosen Angebots der Gegenleistung hin zu ertheilen.

Wenn das Urtheil nebeneinander zur Abgabe einer Willenserklärung und zu anderen Leistungen verurtheilt, beides gegen eine Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung, so darf nicht mit dem Oberlandesgericht Jena[1]) angenommen werden, dass um dieser Verbindung willen die Vollstreckungsklausel in Bezug auf das ganze Urtheil ohne weiteres zu ertheilen ist, sondern sie muss zunächst zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen der sonstigen Leistungen ohne weiteres, in Ansehung der Willenserklärung dagegen nach beschaffter Gegenleistung gemäss den Vorschriften der §§ 664. 666. 667 C.-Pr.-O. ertheilt werden. Denn nichts steht im Wege, die Klausel wegen verschiedener capita sententiae getrennt zu ertheilen.

Höchst eigenthümliche Bestimmungen über die Verurtheilung zu Willenserklärungen gegen vorherige oder Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung ergeben sich aus dem Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches nebst dem Entwurf des Einführungsgesetzes dazu. Wir müssen zu deren Betrachtung etwas weiter ausholen. Der Entwurf des B. G.-B. will das Recht des Kontrahenten eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, auf Grund des Angebotes seiner Leistung unbeschränkt auf die dem Gegner obliegende Leistung zu klagen, beseitigen. Er kennt nur (§ 365) Klage auf Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug, und falls der Kläger vorzuleisten hat, auf Verurtheilung des anderen Theils zu der diesem obliegenden Leistung nach Empfangnahme der ihm gebührenden Leistung. Die erste Klage ist begründet, auch ohne dass der Gegner vorher in Annahmeverzug gesetzt ist, die zweite hat dies zur Voraussetzung. Zum Annahmeverzug ist aber nur Leistungsangebot, kein Verschulden erforderlich (§ 256). Die Motive[2]) erklären es für bedenklich, schon an die mora accipiendi die — angeblich — das Wesen des Rechts aus dem gegenseitigen Vertrage ändernde Wirkung zu knüpfen, dass der andere Theil die ihm geschuldete Leistung unter Absehen von der ihm obliegenden Leistung verlangen dürfte. Dies müsste, meinen sie, zu grossen Härten namentlich dann führen, wenn die mora

[1]) Beschl. v. 25. IV. 81, Seuffert's Archiv B. 37 S. 380 f.

[2]) B. 2 S. 201.

accipiendi unverschuldet ist. Auch von der Zulässigkeit der purgatio morae wäre keine genügende Abhülfe zu erwarten, weil, auch die Statthaftigkeit der purgatio morae in der Exekutionsinstanz nach Verurtheilung zu unbeschränkter Leistung vorausgesetzt, die Zwangsvollstreckung doch so lange ihren Lauf behielte, bis der Verurtheilte im Klagewege bezw. durch einstweilige Verfügung nach Massgabe des § 688 C.-Pr.-O. Remedur erlangt hätte. Dabei wird aber anerkannt, dass nach der Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug, sowie zur Leistung nach Empfangnahme der Vorleistung in der Exekutionsinstanz eine Modifikation zu Gunsten des Klägers nöthig sei. Es kann nämlich nach § 365 Abs. 2 der Kläger auf Grund einer Verurtheilung beider Arten die ihm gebührende Leistung ohne vorherige oder gleichzeitige Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern, wenn und solange der Beklagte sich im Verzuge der Annahme befindet. Es wird sich zeigen, dass hier die vertriebene Natur zurückkehrt. Denn diese Vorschrift führt genau zu dem von den Motiven perhorrescirten Ergebniss, dass die Zwangsvollstreckung auf Grund des Annahmeverzuges ihren Lauf behält, bis der Verurtheilte im Klagewege bezw. nach Massgabe des § 688 C.-Pr.-O. Remedur erlangt.

Nach Art. 11 des Entw. d. E.-G. soll § 664 C.-Pr.-O. folgende Fassung erhalten:

> „Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer andern Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.
>
> Ist die Vollstreckung von einer Zug um Zug oder vorher zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängig, so kann der Gläubiger, auch ohne den Beweis, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist, oder sich im Verzuge der Annahme befindet, die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verlangen, es sei denn, dass die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht.“

Also abgesehen von dem Falle der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung kann die vollstreckbare Ausfertigung eines zur Leistung Zug um Zug oder zur Leistung gegen Vorleistung verurtheilenden Urtheils gerade so ertheilt werden, wie wenn die Verurtheilung unbeschränkt erfolgt wäre. Nur würde, wenn der § 666 C.-Pr.-O., über welchen der Entwurf d. E.-G. schweigt, wirklich unverändert bleibt, sich ergeben, dass auch in diesen Fällen die Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden dürfte, wiewohl der Vorsitzende gar nichts weiter zu prüfen hätte, als ob nicht etwa die Verurtheilung als eine solche auf Abgabe einer Willenserklärung aufzufassen wäre. Ob dies Absicht oder Uebersehen ist, bleibe dahingestellt. Es heisst aber nur, dass der Gläubiger den neuen Abs. 2 anrufen kann; er kann also auch die vollstreckbare Ausfertigung auf Grund des durch öffentliche Urkunden zu führenden Beweises verlangen, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist oder sich im Verzuge der Annahme befindet. Ist die vollstreckbare Ausfertigung eines zur Leistung Zug um Zug verurtheilenden Urtheils auf Grund dieses Beweises ertheilt, so erzielt der Gläubiger nach dem in demselben Artikel des Entw. d. E.-G. vorgeschlagenen § 676a C.-Pr.-O. den Vortheil, dass der Gerichtsvollzieher bei Beginn der Zwangsvollstreckung dem Schuldner die Gegenleistung nicht anzubieten braucht, während dies nöthig ist, wenn die vollstreckbare Ausfertigung ohne jenen Beweis ertheilt ist, und nach dem neuen § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. den weiteren Vortheil, dass er bei dem Vollstreckungsgericht Vollstreckungsmassregeln beantragen kann. Denn solche werden überhaupt nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Art zugelassen. Die Motive[1]) sagen, das Vollstreckungsgericht sei nicht in der Lage, dem Schuldner die ihm gebührende Leistung anzubieten, daher könne die nach § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O, erteilte vollstreckbare Ausfertigung als Grundlage für gerichtliche Vollstreckungsmassregeln nicht ausreichen. Warum aber nicht der Gläubiger anbieten und den Beweis darüber dem Vollstreckungsgerichte führen könnte, darüber schweigen sie. Es ergiebt sich danach, dass der Gläubiger mit der ohne jenen Beweis ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung nur eine halbe Zwangsvollstreckung er-

[1]) S. 95.

zielt, also, wenn er etwa auf Pfändung von Forderungen u. s. w. reflectirt, unbedingt auf die Geltendmachung des neuen Abs. 2 zu § 664 verzichten muss, und da er dies nicht vorhersehen kann, vorsichtiger Weise regelmässig verzichten wird. Im allgemeinen droht daher die neue Ordnung einfach den Rückschritt herbeizuführen, dass bei Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug eine allseitig brauchbare vollstreckbare Ausfertigung, die bis jetzt ohne weiteres zu haben war, nur noch unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 664 Abs. 1 zu erlangen sein wird.

Auch von dem Urtheil, welches zur Leistung nach Empfang der Vorleistung verurtheilt, kennt der neue § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. eine vollstreckbare Ausfertigung sowohl ohne den Beweis, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist oder sich im Verzuge der Annahme befindet, wie eine solche auf Grund dieses Beweises. Dass Annahmeverzug vorliegt, muss zwar gemäss § 365 Abs. 1 Entw. d. B. G.-B. feststehen, damit eine solche Verurtheilung überhaupt ergehen könne.

Die Motive zum Entw. des E.-G. [1]) merken aber gleichwohl an, dass in diesem Falle den allgemeinen Grundsätzen zufolge der Kläger diesen, als noch erforderlich damit angenommenen, Beweis durch die Vorlegung des Urtheils führen könne.

Es wird jedenfalls ein merkwürdiger prozessualer Vorgang sein, wenn dem Vorsitzenden des Gerichts, welches das Urtheil erlassen hat, zum Zwecke der Erlangung einer vollstreckbaren Ausfertigung desselben durch die Vorlegung des Urtheils der Beweis einer Thatsache geführt wird, welche das Urtheil selbst als bewiesen angenommen hat. Und fast noch merkwürdiger würde die „ohne den Beweis" des Annahmeverzuges ertheilte vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urtheils sein, deren Minderwirksamkeit sich in den vorgeschlagenen §§ 676a und 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. zeigen müsste.

Es ist nun aber im vollsten Gegensatz zu der in dem neuen § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. und den Motiven dazu vertretenen Anschauung von der Verurtheilung zur Leistung gegen Vorleistung weder in § 676a noch § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. die Rede, und dies wird damit motivirt, dass hierbei ja nach § 365 Abs. 1 Entw. d. B. G.-B. der

[1]) S. 93 f.

Annahmeverzug bereits Voraussetzung der Verurtheilung sei, der Gerichtsvollzieher also nicht nochmals anzubieten habe, und dass das fragliche Urtheil in § 684 Abs. 4 überhaupt nicht der Berücksichtigung bedürfe. Es ist erfreulich, dass man bei diesen Bestimmungen, welche die praktischen Wirkungen der vollstreckbaren Ausfertigung ordnen, die Unhaltbarkeit jener Anschauung eingesehen hat. Aber billiger Weise hätte man daraus auch für § 664 Abs. 2 die gebührenden Folgerungen ziehen sollen. Das gemäss § 365 Abs. 1 des Entw. d. B. G.-B. ergehende Urtheil, welches zur Leistung gegen Vorleistung verurtheilt, stellt den Annahmeverzug des Beklagten als Voraussetzung des klägerischen Anspruchs unbestreitbar fest. Es schafft nicht Rechtskraft über den Annahmeverzug, insofern davon noch etwas anderes abhängen möchte, als der eingeklagte Anspruch, aber gegenüber diesem Anspruch und seiner Vollstreckung kann der Beklagte den Annahmeverzug nicht mehr bestreiten. Folglich kann gemäss § 365 Abs. 2 der Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung die Leistung des Beklagten fordern, ohne die eigene Leistung bewirken zu müssen. Das Urtheil ist angesichts dieser Bestimmung überhaupt kein solches, dessen Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache abhinge, und folgerichtig hätte der Entw. d. E.-G. dieses Urtheil von den Bestimmungen des § 664 C.-Pr.-O. ausschliessen und vollstreckbare Ausfertigung desselben wie bei unbeschränkter Verurtheilung gewähren müssen.

Allerdings dauert diese unbeschränkte Vollstreckbarkeit des Urtheils gemäss § 365 Abs. 2 nur, solange der Annahmeverzug besteht; der Beklagte kann möglicher Weise aufhören, im Annahmeverzuge zu sein, und dann kann der Kläger Leistung nur noch nach Befriedigung des Beklagten oder wiederholter Begründung des Annahmeverzuges, d. h. wiederholtem Leistungsangebot verlangen. Das Aufhören des Annahmeverzuges nach der letzten mündlichen Verhandlung begründet eine Einwendung gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch, welche nach § 686 C.-Pr.-O. im Klagewege geltend zu machen ist, wie von den Motiven zu § 676a C.-Pr.-O.[1]) ausdrücklich anerkannt wird. Die Sache stellt sich also, wie vorausgesagt, nach den Bestimmungen der Entwürfe zunächst für das Urtheil, welches zur Leistung nach

[1]) S. 95.

Empfangnahme der Vorleistung verurtheilt, vollkommen so, wie die Motive zum Entwurfe des B. G.-B. es meinten ausschliessen zu sollen: die Zwangsvollstreckung läuft fort, bis der Verurtheilte im Klagewege oder gemäss § 688 C.-Pr.-O. Abhülfe erlangt.

Das Urtheil, welches zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, kann nun zwar nach § 365 Entw. d. B. G.-B. ergehen, ohne dass der Beklagte im Annahmeverzuge sich befindet, aber es wird doch der Kläger, wenn dies der Fall ist, eine entsprechende Feststellung im Urtheil begehren können. Denn es kann nicht füglich die Meinung sein, dass diese Frage nothwendig erst nach dem Urtheil im Verfahren über Ertheilung der Vollstreckungsklausel erörtert werden müsste, wodurch dem Kläger ganz unnütze Weiterungen und Mehrkosten [1]) verursacht werden würden. Hat nun das Urtheil den Beklagten unter Feststellung seines Annahmeverzuges zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, so müssen für die Vollstreckung eines solchen Urtheils in Ausführung des § 365 Abs. 2 Entw. d. B. G.-B. genau dieselben Erwägungen massgebend sein, wie für das Urtheil, welches zur Leistung nach Empfang einer Vorleistung verurtheilt. Es hätte also von den neuen § 676a und § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. dieses Urtheil ebenso ausgeschlossen werden sollen, wie jenes davon ausgeschlossen ist, und es hätte ebenso wie jenes auch von dem neuen § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. ausgeschlossen werden müssen. Nach den materiellen Bestimmungen des § 365 Entw. d. B.G.-B. hätte nur dasjenige Urtheil, welches, ohne zugleich den Annahmeverzug festzustellen, den Beklagten zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, den §§ 664 Abs. 2. 676a. 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. unterworfen werden können.

Soviel nun das Urtheil angeht, welches zur Abgabe einer Willenserklärung und zwar zunächst gegen Vorleistung des Klägers verurtheilt, so ergiebt sich aus dem Gesagten eine sehr einfache Konsequenz. Die Motive zum Entw. d. E.-G.[2]) sagen, es sei gerade in diesem Falle für den Kläger von besonderer Bedeutung, dass er den Beweis des Annahmeverzuges des Beklagten durch die Vorlegung des Urtheils führen könne, um so, (da ihm der neue Abs. 2 des § 664 C.-Pr.-O. in diesem Falle verschlossen ist), zu einer vollstreckbaren

[1]) Gerichtskostenges. § 38 Nr. 2. § 26 Nr. 8.

[2]) S. 94.

Ausfertigung des Urtheils gemäss § 664 Abs. 1 gelangen zu können. In Wahrheit aber ergiebt es sich vom Standpunkte des § 365 des Entw. d. B. G.-B. als durchaus ungerechtfertigt, in diesem Falle die Fiction der Willenserklärung an die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu binden. Der Kläger erstreitet auf Grund des erwiesenen Annahmeverzuges des Beklagten dessen Verurtheilung zur Willenserklärung. Der Entwurf sagt, dass er bei vorliegendem Annahmeverzug im Wege der Zwangsvollstreckung die Willenserklärung ohne Bewirkung der eigenen Leistung verlangen kann. Die Rolle der Zwangsvollstreckung übernimmt aber hier das Urtheil selbst, und die richtige Folgerung daraus würde die sein, dass das Urtheil den Beklagten unbeschränkt zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilt, und dass wie sonst die Fiction der Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urtheils eintritt, ohne dass es der vollstreckbaren Ausfertigung bedarf. Wie es eine ganz perverse Vorstellung ist, dass Dinge, welche das Urtheil festgestellt hat, dem Vorsitzenden des Prozessgerichts erst noch durch Vorlage des Urtheils bewiesen werden müssen, so liegt praktisch nicht der mindeste Grund vor, dem Schuldner durch solche Weitläufigkeiten eine weitere Frist zu gewähren.

Ebenso wie bei der Verurtheilung zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung müsste es gehalten werden, wenn der Kläger ein Recht auf Abgabe der Willenserklärung Zug um Zug hat und den Annahmeverzug des Beklagten nachweist; auch dann müsste er nach den Grundsätzen des § 365 Entw. d. B. G.-B. unbeschränkte Verurtheilung des Beklagten, sofortige fictive Verwirklichung seines Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung durch das Urtheil selbst verlangen können.

Nur in dem Falle, wenn der Kläger ohne den Nachweis des Annahmeverzuges des Beklagten auf Abgabe der Willenserklärung Zug um Zug gegen Gegenleistung klagt, bedarf es nach dem Prinzip des § 365, damit der Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung die Verwirklichung der Willenserklärung erwirken könnte, des nachträglich zu führenden Beweises der Beschaffung der Gegenleistung oder des Annahmeverzuges des Beklagten, und nur die Unterstellung dieses Falles unter § 664 C.-Pr.-O. würde sich rechtfertigen.

IV.

Die vorläufig vollstreckbare Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

Nach der herrschenden Auffassung kann das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, zwar für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, aber nicht mit der Wirkung, dass die Erklärung nunmehr als abgegeben gelte, auch nicht so, dass jetzt Zwangsmassregeln zur realen Erwirkung der Erklärung zulässig wären, vielmehr mit dem einzigen Erfolge, dass gemäss § 658 C.-Pr.-O. in den dazu geeigneten Fällen eine sichernde Eintragung (Vormerkung) im Grundbuche eingetragen werden kann.[1]) Das Reichsgericht lässt es in einem Urtheil [2]) dahin gestellt, ob vorläufige Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Abgabe der Willenserklärung stattfinde, in einem anderen [3]) spricht es aus, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils, welches zu einer Willenserklärung verurtheilt, in den gesetzlichen Fällen anzuordnen sei, obwohl dieses Urtheil Vollstreckungshandlungen nicht zur Folge habe. Welche Bedeutung aber die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils hat, darüber äussert sich der Gerichtshof nicht, hatte auch keine Veranlassung dazu.

Die gesetzgeberischen Vorakten ergeben ein keineswegs sicheres Resultat. Allerdings war sich die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes einer C.-Pr.-O. für den norddeutschen Bund klar darüber, dass die Fiction der Willenserklärung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils nicht eintreten sollte. Man hatte in § 1020 des Redaktionsentwurfes (§ 1059 des definitiven Entwurfes) den Grundsatz der Fiction der Willenserklärung mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils ausgesprochen. Im Protokoll der Schlusssitzungen heisst

[1]) Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1; Wilmowski-Levy zu § 648 Anm. 1, zu § 649 Anm. 2, zu § 779 Anm. 2; Gaupp zu § 779 Anm. I, 3; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312; vgl. auch Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 35 S. 41.

[2]) I. Senat, Urtheil v. 11. I. 1890, Entsch. B. 25 S. 379.

[3]) VI. Senat, Urtheil v. 28. VI. 1886, Entsch. B. 16 S. 421.

es: [1]) „Zu § 1020 Abs. 1 war man sachlich einig, dass § 818 Abs. 2 hier keine Anwendung finde. Man nahm jedoch an, dass es in dieser Beziehung einer ausdrücklichen Vorschrift nicht bedürfe.“ § 818 Abs. 2 (§ 844 Abs. 2 des definitiven Entwurfes) war aber die Bestimmung, dass die Zwangsvollstreckung durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gehemmt wird, ein diesem Rechtsmittel unterliegendes Urtheil also von selbst vorläufig vollstreckbar ist. Wenn hier trotzdem die Fiction der Willenserklärung nicht eintreten sollte, so musste sich bei dem für vorläufig vollstreckbar erklärten [2]) Urtheil natürlich dasselbe ergeben. Indessen bei dem mannigfachen Wandel, welchen das Gesetzgebungswerk später noch erfahren hat, ist es unzulässig, diese Auffassung der norddeutschen Kommission ohne weiteres für entscheidend zu halten.

Die Motive zum deutschen Entwurf letzter Hand [3]) sagen im Wesentlichen in Übereinstimmung mit denjenigen zum ersten und zweiten deutschen Entwurf [4]): „Es werden endlich durch § 725 (jetzt 779) Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, da an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urtheil gilt (folgt Berufung auf preussisches Grundbuchrecht). Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen.“ Wenn man aber geglaubt hat, mit diesen Sätzen die ganze Vollstreckung zur Erwirkung von Willenserklärungen erledigen zu können, so ist es wohl nicht zuviel gesagt, dass man augenscheinlich dabei das vorläufig vollstreckbare Urtheil ebenso wie die sonstigen vollstreckbaren Titel vergessen hat. Denn es ist doch zum mindesten nicht selbstverständlich und keiner Begründung bedürftig, dass das Urtheil, welches auf Abgabe einer Willenserklärung lautet, der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht bedürfe, und alles mit der fictiven Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils in Ordnung komme. Und ebensowenig selbstverständlich, dass der Zwangsvollstreckung aus anderen Vollstreckungstiteln die Abgabe

[1]) S. 2376.
[2]) Vgl. §§ 883 ff. des definitiven norddeutschen Entwurfes.
[3]) § 725; Motive S. 443 (Hahn, Materialien S. 466).
[4]) I § 699, Motive S. 480. II § 712, Motive S. 574 f.

der Willenserklärung „gänzlich entzogen" wird, ohne dass doch eine Fiction analog derjenigen auf Grund des Urtheils die Willenserklärung ersetzte.

In der Kommission des Reichstages ist über die Frage nicht verhandelt. Indem man aber dort dem Abs. 1 des § 779 den Satz 2 in der Fassung hinzufügte, dass im Falle dieses Satzes die im Satz 1 bezeichnete Wirkung erst dann eintrete, wenn nach den Bestimmungen der §§ 614. 615 (664. 666) eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist, schien man zu bestätigen, dass die Fiction der Willenserklärung nur bei Rechtskraft des Urtheils eintreten könne.

Bei der Verhandlung über den auf Antrag Bähr's eingefügten § 658 C.-Pr.-O. [1]) ist man aber von der gerade entgegengesetzten Auffassung ausgegangen. Es war durchaus nicht die Absicht, von der Voraussetzung aus, dass nach den sonstigen Bestimmungen der C.-Pr.-O. die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urtheilen, welche auf Abgabe von Willenserklärungen lauten, ausgeschlossen oder doch bedeutungslos sei, für die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen zum Grundbuche eine vorläufige Vollstreckbarkeit zu schaffen, sondern vielmehr umgekehrt, die vorläufige Vollstreckbarkeit derartiger Urtheile von dem Gedanken aus, dass sie nach den allgemeinen Vorschriften eine weitergehende sein würde, zu beschränken. Der § 658 C.-Pr.-O. bestimmt:

> „Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil nur in der Weise vollzogen werden, dass die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung .... u. s. w.) erfolgt."

Die Befürchtung Bährs ging dahin, dass schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils, welches den Kläger berechtige, im Grundbuche einen Eintrag zu fordern, dieser Eintrag herbeigeführt und hierdurch wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ein irreparabler Schaden herbeigeführt werden könnte. Wenn z. B. ein Grundstück vindicirt werde, so werde nach dem Rechte der deutschen Grundbuchsysteme das Urtheil durch Um-

[1]) Protokolle S. 328 f. 412 f. (Hahn S. 790 ff. 860).

schreibung des Eigenthums im Grund- oder Hypothekenbuche vollzogen. Auf Grund dieser Umschreibung könne der eingetragene Eigenthümer das Eigenthum weiter übertragen und zwar mit der Wirkung, dass der Beklagte, wenn auch jenes Urtheil abgeändert worden, den dritten Besitzer, von dem Falle der nachgewiesenen mala fides abgesehen, mit der Vindication nicht belangen könne. Diesem Übelstande müsse abgeholfen werden, weil Grundstücke für den Einzelnen oft einen ganz speziellen und nicht mit Geld zu ersetzenden Werth haben. Wenn hier Vindication nicht etwa als Ausdruck für die Klage auf Übertragung des Eigenthums steht, so bezieht sich selbstverständlich das Gesagte nur auf die Vindication des wahren Eigenthümers gegen den buchmässigen Scheineigenthümer. Auch dies ist eine Klage auf Willenserklärung, nämlich auf die Einwilligung des Beklagten in die Eintragung des klägerischen Eigenthums.[1]) Man muss also von der Vorstellung beherrscht gewesen sein, dass nach den allgemeinen Vorschriften der C.-Pr.-O. über Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und deren vorläufige Vollstreckbarkeit schon auf Grund vorläufig vollstreckbarer Verurtheilung auch die Willenserklärungen zum Grundbuche wie andere als abgegeben gelten würden[2]), und dies bei der Besonderheit des Falles im Gebiete des Grundbuchwesens zu verhüten, war der Zweck des § 658. Hätte man geglaubt, dass schon nach den sonstigen Vorschriften nur das rechtskräftige Urtheil die Willenserklärung ersetzen sollte, so hätte man auf das Amendement Bähr entweder gar nicht kommen können, oder es in genau umgekehrter Tendenz, als geschehen ist, begründen müssen. Die Auffassung also, welcher § 658 C.-Pr.-O. seine Entstehung verdankt, kann es nur bestätigen, dass man bei der Fassung des § 779 C.-Pr.-O. dem Fall der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt, nicht aber aus wohlerwogenen

---

[1]) Dernburg u. Hinrichs, preuss. Hypothekenrecht Abt. 1 S. 258 f., Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. 3 § 178 S. 263 f. So auch § 843 Entw. des B. G.-B. und Bähr, Gegenentwurf § 953.

[2]) Wie dies nach § 3 Ges. über das Grundbuchwesen im Jadegebiet vom 23. März 1873 und nach § 3 Ges. über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover v. 28. Mai 1873 in der That der Fall war. Aufgehoben in Konsequenz des § 658 C.-Pr.-O. durch § 13 A.-G. z. C.-Pr.-O. v. 24. März 1879.

Gründen die Fiction der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils abgelehnt hat.

Wenn es richtig sein sollte, dass das zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilende Urtheil nur mit jener einzigen Wirkung nach § 658 C.-Pr.-O. für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, so wäre die schnelle, leichte, sichere Art der Vollstreckung eines solchen Urtheils bei Eintritt seiner Rechtskraft mit einem überaus schweren Opfer erkauft, weil dann in allen nicht eine Eintragung im Grundbuche betreffenden Fällen das Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung der Segnungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit gänzlich entbehrte, und für die hiermit — in ganz ungerechtfertigter Zurücksetzung gerade des Anspruchs auf Willenserklärung gegenüber allen andern — verbundene Verzögerung die schleunige Exekution durch die Rechtskraft des Urtheils den Gläubiger gewiss nicht immer entschädigt. Der für den Beklagten mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit verbundene Nachtheil ist hier, ausserhalb der besonderen Verhältnisse des Grundbuchrechtes, denen mit Recht eine Ausnahmestellung eingeräumt ist, nicht grösser und um nichts weniger gerechtfertigt, als in andern Fällen; auch schützt gegen unersetzlichen Nachtheil hier wie sonst die Vorschrift, dass, wenn ein solcher droht, die vorläufige Vollstreckbarkeit zu versagen ist (§ 651 C.-Pr.-O.) Wenn es zulässig ist, dass der Gerichtsvollzieher durch Wegnahme der Sache auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils das Eigenthum des Beklagten auf den Kläger überträgt, wenn es zulässig ist, dass auf Grund eines solchen Urtheils der Beklagte durch Geldstrafen und Haft gezwungen wird, einen Wechsel zu unterschreiben, so sieht man nicht ein, warum nicht auch die Wirkungen einer reinen Willenserklärung in Kraft des vorläufig vollstreckbaren Urtheils gegen den Beklagten eintreten sollten.

Betrachtet man das Urtheil, welches den Beklagten zu einer Willenserklärung verurtheilt, also die Rechtsfolgen setzt, welche sonst die Erklärung hervorrufen würde, im Zusammenhange der übrigen Urtheile, in welchen der Richter Rechtsfolgen schafft, so ist wiederum nicht zu begreifen, warum jenes nicht so gut wie diese die fraglichen Rechtsfolgen schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit hervorrufen sollte. Dass diese Urtheile unter den regelmässigen Bedingungen für vorläufig vollstreckbar zu erklären

sind, [1]) unterliegt keinem Zweifel, wird auch durch § 649 Nr. 2 C.-Pr.-O. bestätigt. Danach sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären Urtheile, welche die im § 108 Gew.-O. bezeichneten Streitigkeiten betreffen, sofern diese während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen. Dazu gehört nach dem bei Erlass der C.-Pr.-O. insoweit noch unveränderten Urtext der Gew.-O. die Klage auf Aufhebung eines Lehrverhältnisses gemäss §§ 121—123; denn der Streit, ob das Verhältniss aufzuheben sei, entsteht selbstverständlich während seiner Dauer. Das Urtheil, welches gemäss jener Bestimmungen der Gew.-O. das Lehrverhältniss aufhob, [2]) musste also auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden und löste das Rechtsverhältniss schon kraft vorläufiger Vollstreckbarkeit. [3]) Ebenso müssen auch sonst die Rechtsfolgen, welche ein Urtheil der in Rede stehenden Art setzen will, auf Grund seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit eintreten, z. B. bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei dem Urtheil auf Ausschliessung eines Gesellschafters, auf Aufhebung des Dienstverhältnisses eines Handelsgehülfen, bei dem Urtheil, durch welches im Aufgebotsverfahren das Ausschlussurtheil aufgehoben wird. [4]) Es kann also auch nichts gegen sich haben, dass die Rechtsfolgen, welche das Urtheil in Gestalt der Fiction einer Willenserklärung setzt, ebenfalls schon durch die vorläufige Vollstreckbarkeit ins Leben gerufen werden.

Es ist auch erweislich der C.-Pr.-O. nicht fremd, die Fiction der Willenserklärung auf nur vorläufige Entscheidungen zu gründen.

---

[1]) Soweit nicht Ausnahmen auf Grund besonderer Vorschriften bestehen, wie nach § 644 C.-Pr.-O. für Ehesachen, welche mit Ausnahme der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens hierher gehören.

[2]) Dafür, dass im Sinne der §§ 121—123 Gew.-O. die Aufhebung durch den Richterspruch erfolgte, also das Urtheil zu den hier interessirenden Rechtsfolgen schaffenden gehörte, vgl. namentlich § 123 Abs. 2: „Auf Antrag des einen oder des anderen Theiles ist der Lehrvertrag auch dann aufzuheben u. s. w." d. h. die Aufhebung erfolgt durch den Spruch der im § 108 bezeichneten Behörde und im Falle der Berufung auf den Rechtsweg durch das Urtheil.

[3]) Die späteren Abänderungen und die heutige Gestaltung der Sache sind hier nicht zu verfolgen, da natürlich für die Auslegung der C.-Pr.-O. nur der Rechtszustand verwerthbar ist, welcher bei ihrer Abfassung vorlag.

[4]) Vgl. ob. S. 56 f.

Die Fiction tritt, wie im vorigen Abschnitte gezeigt, wenn die Verurtheilung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtkräftigen Urtheils ein. Diese wird ertheilt auf Anordnung des Vorsitzenden, der die Gegenleistung (oder deren bedingungsloses Angebot) als durch die vorgelegten öffentlichen Urkunden erwiesen ansieht. Diese Entscheidung des Vorsitzenden und die daraufhin ertheilte Vollstreckungsklausel wirkt keineswegs definitiv. Der Verurtheilte kann durch Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel die Entscheidung des Gerichts anrufen (§§ 668. 687 C.-Pr.-O.), gegen die letztere sofortige Beschwerde einlegen (§§ 668. 701 C.-Pr.-O.), auch die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel mit Klage geltend machen (§ 687 C.-Pr.-O.) und auf einem dieser Wege die mit Ertheilung der Klausel eingetretene Fiction wieder beseitigen. Will man einen Fall sehen, wo die Fiction geradezu auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil beruht, so braucht man nur anzunehmen, dass der Kläger aus § 667 C.-Pr.-O. auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage erhebt. Niemand kann leugnen, dass das Urtheil, welches daraufhin die Ertheilung der Klausel anordnet, unter den gewöhnlichen Bedingungen für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, und dass, sobald demgemäss die Klausel ertheilt ist, die Fiction der Willenserklärung eintritt. Denn wenn sie eintritt, sobald auf Grund der Anordnung des Vorsitzenden die Klausel in einer auf zwei verschiedenen Wegen anfechtbaren Art ertheilt ist, so besteht nicht der geringste Grund, der auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil beruhenden Klausel die ihr im § 779 C.-Pr.-O. beigelegte Wirkung zu bestreiten.

Damit ist bewiesen, dass die Fiction der Willenserklärung in mehrfacher Art auf vorläufiger Entscheidung, insbesondere auch auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil darüber beruhen kann, ob die erforderliche Gegenleistung beschafft ist. Nun stelle man sich vor, dass der Kläger von vornherein mit der Behauptung, die Gegenleistung beschafft zu haben, auf unbeschränkte Verurtheilung zur Abgabe der Willenserklärung klagt, und dass nur über die Frage der Gegenleistung gestritten wird. Warum sollte das vorläufig vollstreckbare Urtheil, welches die Gegenleistung als beschafft annimmt und dementsprechend zur Abgabe der Willensklärung verurtheilt, die



Fiction der Willenserklärung nicht ebenso herbeiführen können? Und warum sollte nicht das gleiche der Fall sein können, wenn der Beklagte seine Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung aus anderen Gründen bestritten hatte? Ist die Beschaffung der Gegenleistung minder wichtige Voraussetzung des klägerischen Begehrens als andere?

Dazu kommt nun, dass die Verfasser der C.-Pr.-O. ihre erklärte Absicht, die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung aller und jeder Zwangsvollstreckung ausser derjenigen gemäss § 779 C.-Pr.-O. zu entziehen, vollkommen erreicht haben. Nach dem System des dritten Abschnitts im achten Buche der C.-Pr.-O. stehen die dort genannten, je nach dem Inhalte des Urtheils, nach der zu erwirkenden Leistung verschiedenen Wege der Zwangsvollstreckung völlig selbstständig nebeneinander. Die Herausgabe von Sachen ist im Sinne dieses Abschnittes nicht Handlung und nicht Willenserklärung, die Handlung keine Willenserklärung, diese keine Handlung. Die ausdrückliche Vorschrift des § 773 C.-Pr.-O., dass die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung wegen vertretbarer Handlungen keine Anwendung finden auf die Verpflichtung zur Herausgabe von Sachen, ist blosse Vorsicht und rechtfertigte nicht den Versuch, auf die Herausgabe von Sachen die Zwangsvollstreckung wegen unvertretbarer Handlungen anzuwenden, von der sie im § 774 C.-Pr.-O. nicht ausdrücklich ausgenommen ist. Die Bestimmung, dass die Verurtheilung zur Eheschliessung weder den Vorschriften des § 774 noch denen des § 779 untersteht, ist ebenfalls nur Vorsicht[1]) und kann nicht zu dem Schlusse berechtigen, dass man Willenserklärungen im übrigen als Handlungen den Vollstreckungsvorschriften des § 774 unterwerfen dürfte. Ein Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, kann vielmehr niemals nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen vollzogen werden, und so fällt die Möglichkeit fort, diese Art der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urtheil zu betreiben.

Ja noch mehr! Durch die Stellung des § 778 C.-Pr.-O. vor § 779 haben die Verfasser der C.-Pr.-O., wie bereits früher bemerkt

[1]) Vgl. ob. S. 89 Anm. 1.

ist [1]), zu erkennen gegeben, dass sie bei der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Interesseklage wegen Ausbleibens der Willenserklärung für gar nicht in Frage kommend gehalten haben. Denn sonst würden sie hinter § 779 und ihn mit einbeziehend verordnet haben: „Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.“ Sie würden auch dem Anspruch auf das Interesse mangels Abgabe der Willenserklärung den ausschliesslichen Gerichtsstand vor dem Prozessgericht erster Instanz gegeben haben. Soviel aber müsste man demjenigen, der ein vorläufig vollstreckbares Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung erstritten hat, doch mindestens einräumen, dass er, wenn er durch das Urtheil nicht die Willenserklärung selbst hat, auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils sein Interesse einklagen und auf Grund des hierzu verurtheilenden, wenn auch wiederum nur vorläufig vollstreckbaren Urtheils beitreiben könnte.

Ist somit jegliche Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils ausgeschlossen, und sieht die C.-Pr.-O. nicht einmal die Interesseklage aus solchem Urtheil vor, so ist das nur unter einer von zwei Voraussetzungen erklärlich. Entweder die C.-Pr.-O. kennt ein vorläufig vollstreckbares Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, überhaupt nicht, oder sie betrachtet die Vollstreckung auch dieses Urtheils als durch § 779 C.-Pr.-O. erledigt. Die erste Voraussetzung ist sicher unzutreffend. Denn dass Urtheile, welche zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, und unter den regelmässigen Bedingungen dafür zu erklären sind, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Sie sind nirgends ausgenommen, und es wäre bei der wesentlichen Bedeutung dieser Urtheile unbegreiflich, wenn man diese Ausnahme aufzustellen lediglich vergessen hätte. Vielmehr erbringt der § 658 C.-Pr.-O. den positiven Beweis, dass auch solche Urtheile als vorläufig vollstreckbare vorkommen. Es muss also die zweite der obigen Voraussetzungen die zutreffende sein, wonach bei vorläufig vollstreckbarer Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung durch

[1]) Vgl. oben S. 63.

den § 779 C.-Pr.-O. die Zwangsvollstreckungsfrage so vollkommen erledigt ist, dass weder anderweite Zwangsvollstreckung noch Interesseklage in Frage kommen können, m. a. W.: die Fiction der Willenserklärung tritt auch auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils ein. Dies bestätigt § 658 C.-Pr.-O. vollkommen, der, wie gesagt, nicht ausnahmsweise eine gewisse vorläufige Vollstreckbarkeit schaffen, sondern umgekehrt deren sonstige Wirkungen in seinem Kreise beschränken wollte.

Was man dagegen sagen kann, reducirt sich, da die Vorgeschichte des Gesetzes nicht weniger für als gegen die hier vertretene Auffassung ergiebt, einzig auf den Buchstaben des § 779 C.-Pr.-O. Dieser aber ist nicht geeignet, die oben hervorgehobenen sachlichen Gründe zu überwiegen. Er muss vielmehr ihnen weichen, und die Vorschrift muss dahin interpretirt werden: die Fiction der Willenserklärung tritt mit der Rechtskraft des Urtheils ein, es sei denn, dass dasselbe für vorläufig vollstreckbar erklärt ist; ist dies geschehen, so tritt die Fiction mit der Verkündung des Urtheils ein.

Die Fiction muss sich an die Verkündung des vorläufig vollstreckbaren Urtheils knüpfen; denn die Zustellung und die Ertheilung der Vollstreckungsklausel sind hier so wenig wie bei dem rechtskräftigen Urtheil erforderlich[1]; nur wenn das Urtheil zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung verurtheilt, hängt die Fiction auch hier von der Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung ab.

Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht (§ 652 Abs. 1 C.-Pr.-O.), so kann die Fiction erst mit deren Leistung eintreten.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung[2] die Vollstreckung abzuwenden (§ 652 Abs. 2 C.-Pr.-O.). Denn wenn Verkündung und Vollstreckung eins sind, so ist Sicherheitsleistung zwischen Verkündung und Vollstreckung undenkbar. Anzuordnen, dass die Willenserklärung als abgegeben gelte, wenn nicht binnen bestimmter Frist die Sicherheit geleistet werde,

---

[1]) Vgl. oben S. 53 f.

[2]) Hinterlegung (der Willenserklärung!) kann natürlich nicht in Frage kommen.

ist das Gericht nach Lage des Gesetzes nicht im Stande. Der Beklagte könnte also die Vollstreckung, d. h. die Fiction der Willenserklärung, nur abwenden, wenn er vorsorglich vor Verkündung des Urtheils die Sicherheit leistete. Indessen diese Schwierigkeiten ergeben sich in der nämlichen Weise, wenn das Urtheil eine nicht in die Fiction der Willenserklärung des Beklagten gehüllte konstitutive richterliche Willenserklärung enthält, z. B. auf Ausschliessung eines Gesellschafters, Aufhebung eines Dienstverhältnisses lautet. Ist ein solches Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so müssen die Rechtsfolgen, die es befiehlt, mit seiner Verkündung eintreten. Denn da es sich nicht um die Herbeiführung von Vollstreckungsmassregeln auf Grund des Urtheils handelt, so könnte man seine Wirkungen von der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur dann abhängig machen, wenn das Gesetz der Vollstreckungsklausel diese von ihrer normalen abweichende Funktion besonders beigelegt hätte, was nicht der Fall ist.

Wenn nun die vorläufige Vollstreckbarkeit solcher Urtheile trotz jener Schwierigkeit unzweifelhaft besteht, so lässt sich aus ihr auch kein Grund gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile entnehmen, welche zur Abgabe einer Willenserklärung schuldig erkennen.

Man wird dem Beklagten, der nicht geneigt ist, die Sicherheit vor dem Urtheil zu leisten, rathen müssen, statt des Antrages gemäss § 652 Abs. 2 C.-Pr.-O. lieber aus Abs. 1 daselbst zu beantragen, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung des Klägers abhängig gemacht werde. Dieser Umkehrung ist der Beklagte ja ohnehin nach Belieben des Klägers ausgesetzt; denn wenn der letztere sich zur Leistung einer Sicherheit erbietet, so geht dem Beklagten das Recht, durch seine Sicherheitsleistung die Vollstreckung abzuwenden, verloren. Das Gericht wird bei der Eigenthümlichkeit der Sachlage in derartigen Fällen geneigt sein müssen, dem Kläger solche Sicherheit auf Antrag des Beklagten aufzuerlegen. Droht aber dem Beklagten unersetzlicher Nachtheil, so ist die vorläufige Vollstreckbarkeit überhaupt zu versagen (§ 651 C.-Pr.-O.).

Keinerlei Schwierigkeiten bereiten die Folgen der Aufhebung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils oder seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit. Die Willenserklärung hört mit der Verkündung der entsprechenden Entscheidung einfach auf, als abgegeben zu gelten,

weil mit diesem Moment die vorläufige Vollstreckbarkeit alle Kraft verliert, die ihr beiwohnte (§ 655 Abs. 1 C.-Pr.-O.) Irgend welche Aufhebung von Vollstreckungsmassregeln kann nicht in Frage kommen, weil das Urtheil keine solchen herbeigeführt hat. Selbstverständlich kann die Löschung einer nach § 658 C.-Pr.-O. eingetragenen Vormerkung verlangt werden. Hat der Beklagte in Erfüllung der durch die Willenserklärung zu übernehmenden Verpflichtung etwas gezahlt oder sonst geleistet, so hat er das nicht auf Grund des Urtheils geleistet, wenn dieses ihn wirklich, wovon hier auszugehen ist, lediglich zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilte. Denn ein solches Urtheil stellt, wie früher ausgeführt, die Folgen der Willenserklärung nicht einmal fest, geschweige denn verurtheilt es zu ihrer Erfüllung, sondern es ordnet nur in blanco an, dass die Folgen eintreten sollen, welche die Willenserklärung haben würde. Die Realisirung der Folgen der Willenserklärung hat mit der Vollstreckung des Urtheils, welches zu ihrer Abgabe verurtheilt, gar nichts zu thun. Aus diesen Gründen kann der Kläger auch nicht in Anwendung des § 655 Abs. 2 C.-Pr.-O. bei Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urtheils zur Erstattung des von dem Beklagten Gezahlten oder Geleisteten verurtheilt werden, sondern es ist reine Sache der materiellrechtlichen condictio indebiti, dem Beklagten solche Leistungen wieder zu verschaffen. Das einzige, was auf Grund des Urtheils geleistet ist, (oder vielmehr als geleistet gilt), die Willenserklärung, fällt mit Aufhebung des Urtheils von selbst weg. Was der Beklagte sonst geleistet hat, hat er auf Grund des Urtheils nur dann geleistet, wenn er zugleich zu dieser Leistung selbstständig verurtheilt war, und auf dieses selbstständige caput sententiae findet § 655 Abs. 2 C.-Pr.-O. natürlich Anwendung.

V.

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung auf Grund vollstreckbaren Vergleiches, Schiedsspruches und ausländischen Urtheils.

Es ist unbestrittene Auffassung, dass die Vorschrift des § 779 C.-Pr.-O. ausschliesslich auf Urtheile, nicht auf sonstige Vollstreckungs-

titel anwendbar sei.[1]) Kaum begreiflich ist, wie dabei von manchen[2]) ausgesprochen werden kann, dass die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen aus andern vollstreckbaren Titeln zur Zwangsvollstreckung gemäss § 773 oder § 774 C.-Pr.-O. führe, während dieselben Schriftsteller[3]) betonen, dass auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils solches Zwangsverfahren nicht eintreten könne, da der Gesetzgeber Zwang zur realen Erklärung überall nicht gewollt habe. Die Willenserklärung ist im Sinne des dritten Abschnitts im achten Buche der C.-Pr.-O., wie früher ausgeführt wurde,[4]) niemals Handlung, gleichviel auf welchem Grunde die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung ruht. Nach den Gegenständen, und nicht nach den Gründen der Verpflichtung grenzen sich die Zwangsvollstreckungsmethoden gegen einander ab. Aus einem vollstreckbaren Vergleich (§ 702 No. 1. 2 C.-Pr.-O.), durch welchen sich eine Partei z. B. zur Auflassung eines Grundstücks verpflichtet hat, kann daher niemals ein Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. eingeleitet werden. Ein solcher Vergleich wäre vielmehr, wenn er nicht nach Analogie des § 779 C.-Pr.-O. vollstreckt wird, überhaupt nicht vollstreckbar, trotzdem die C.-Pr.-O. sagt, dass aus ihm die Zwangsvollstreckung stattfindet. Es bliebe dem Kläger nicht, wie Wilmowski und Levy[5]) annehmen, wahlweise neben der Zwangsvollstreckung die Klage aus dem Vergleich, sondern er hätte einzig und allein dieses Mittel, um durch die Rechtskraft des Urtheils die Fiction der Willenserklärung herbeizuführen, oder, je nach dem Klagantrage, sein Interesse zu erlangen.

Auf die letztere Möglichkeit hat aber die C.-Pr.-O., wenn vollstreckbare Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung in

---

[1]) Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1, Seuffert zu § 779 Anm. 4, Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 1, Gaupp zu § 779 Anm. I, 1, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312, Bunsen, Mecklenburg. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtswiss. B. 2 S. 313. 339, Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 34[6].

[2]) Wilmowski-Levy, Gaupp, Falkmann a. a. O.

[3]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Gaupp zu § 779 Anm. I, 3, Falkmann a. a. O.

[4]) Ob. S. 122.

[5]) Zu § 779 Anm. 1.

Frage steht, nach früher Bemerktem [1]) nicht einmal Rücksicht genommen, und sie hätte es also an jeglicher Fürsorge für die Vollstreckung aus anderen Titeln als Urtheilen bei diesem wichtigen Gegenstande der Verpflichtung fehlen lassen. Und dies sagt man der C.-Pr.-O. nach, ohne jeden andern Grund als den Wortlaut des § 779: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt"! In den Bestimmungen der C.-Pr.-O. über einzelne Vollstreckungsweisen finden sich auch sonst Spuren davon, dass man bei ihrer Fassung nur auf das Urtheil als Grundlage der Zwangsvollstreckung Rücksicht genommen hat, z. B. in § 775 Abs. 2:

> „Der Verurtheilung muss eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht erster Instanz erlassen wird."

Oder in § 774 Abs. 2, welcher von den Bestimmungen des ersten Absatzes nur die Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe und die Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ausnimmt, (letztere, soweit nicht Landesgesetze das Zwangsverfahren gestatten). Steift man sich auf das Wort, so könnte man entweder folgern, dass aus dem vollstreckbaren Vergleich, durch welchen sich ein Gatte zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtet hat, das Zwangsverfahren nach Abs. 1 allerdings stattfinde, oder umgekehrt, dass Abs. 1 überhaupt nur auf die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen sich beziehe, weil man nur Verurtheilungen besonderen Inhalts auszunehmen für nöthig befunden habe. Manche Vorschriften beziehen sich ihrer Fassung nach zwar nicht blos auf Urtheile, aber doch nur auf eine Zwangsvollstreckung aus Titeln, welche nach begonnenem Prozesse sich ergeben, nämlich die Bestimmungen, welche gewisse Entscheidungen dem Prozessgericht erster Instanz zuweisen (§ 773 Abs. 1. § 774 Abs. 1. § 775 Abs. 1. vgl. Abs. 2).

In Wahrheit aber folgt aus derartigen Fassungen keinerlei Einschränkung der Anwendbarkeit derjenigen Zwangsvollstreckungsmethoden, bei welchen sie sich finden. Vielmehr sind solche Vorschriften durch sachgemässe Auslegung der Zwangsvollstreckung aus

[1]) Ob. S. 63. 122 f.

andern Vollstreckungstiteln anzupassen.[1]) Dies muss auch in § 779 C.-Pr.-O. geschehen. Wir stehen deshalb nicht an, zu behaupten, dass die Willenserklärung, zu der sich jemand durch vollstreckbaren Vergleich gemäss § 702 No. 1. 2 C.-Pr.-O.[2]) verpflichtet hat, mit Abschluss des Vergleiches als abgegeben gilt; denn die Rechtskraft des Vergleiches lässt nicht auf sich warten. Einer Ausfertigung des Vergleiches wird der Kläger zum Beweise bedürfen; ob dieselbe die Vollstreckungsklausel trägt, ist unwesentlich, ebenso wie bei dem Urtheil; braucht der Kläger dort, wofern nicht das Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, das Rechtskraftzeugniss, so fällt das bei dem Vergleich natürlich fort. Ist aber in dem Vergleich die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt, wie bei dem Urtheil, die Fiction erst mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleiches gemäss §§ 664. 666. 667. 703. 705 C.-Pr.-O. in Kraft.[3])

Ein Schiedsspruch, welcher zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, führt die Fiction derselben nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils herbei[4]). Allerdings hat nach § 866 C.-Pr.-O. der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechts-

[1]) Der Vergleich, welcher im Falle des § 471 C.-Pr.-O. vor dem Amtsgericht im Sühneverfahren abgeschlossen wird, liegt vor dem Prozess, und das Amtsgericht ist nicht Prozessgericht erster Instanz. Dennoch hat es in sinngemässer Auslegung der §§ 773. 774. 775. 778 C.-Pr.-O. an Stelle dieses Gerichtes zu fungiren. So Seuffert zu § 773 Anm. 4, Wilmowski-Levy zu § 773 Anm. 3, Gaupp zu § 773 Anm. III, 1. Andere weisen die Entscheidungen dem Vollstreckungsgericht zu; vgl. Struckmann-Koch zu § 773 Anm. 2. Hellmann, Lehrbuch S. 885, sagt: „Will man hier nicht die Vollstreckung für unmöglich erklären und den Gläubiger auf den Weg der Erfüllungs- bezw. Schadensersatzklage verweisen, so wird man das Amtsgericht, vor welchem der Vergleich geschlossen wurde, als das zuständige Prozessgericht ansehen dürfen.“ Es ist hier nicht recht deutlich, ob der Verfasser zwischen beiden Ansichten schwankt, oder die erste als unerträglich ablehnen will.

[2]) § 702 No. 3 – 5 können nicht in Betracht kommen.

[3]) Uebrigens kann es auch leicht sein, dass der Vergleich die Willenserklärung genau besehen schon enthält, diese also nicht erst fingirt zu werden braucht. Oberlandesgericht Dresden, Beschl. v. 9. VI. 90 und Beschl. v. 11. IX. 91, Annalen B. 12 S. 285 ff. 518 ff.

[4]) Reichsgericht, VI. Sen., Urth. v. 28. VI. 86, Entsch. B. 16 S. 420 ff. Vollständiger in der Beilage zum Reichsanzeiger 1886 S. 306 ff., Seuffert zu § 779 Anm. 2.

kräftigen gerichtlichen Urtheils; aber § 868 bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung aus ihm nur stattfindet, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist. Es ist nicht anzunehmen, dass mit jener Ausdrucksweise des § 866 gerade die hier fragliche energischeste Art der Zwangsvollstreckung von der Vorbedingung des Vollstreckungsurtheils entbunden werden sollte.

Denn als eine Art der Zwangsvollstreckung fasst die C.-Pr.-O. die Fiction der Willenserklärung nun einmal auf, und es ist daher anzunehmen, dass sie dieselbe auch den Vorbedingungen der Zwangsvollstreckung unterwerfen wollte, soweit nicht entscheidende Gründe entgegenstehen. Auch wurde früher gezeigt,[1]) dass, trotzdem die Fiction in Kraft des Urtheils selbst eintritt, sie doch ihre Natur als Akt der Zwangsvollstreckung nicht verleugnet, indem sie unter Ueberschreitung der sonstigen persönlichen Grenzen der Rechtskraft auch allen Dritten gegenüber so wirkt, wie die reale Erklärung des Beklagten. Diese Wirkung könnte dem Schiedsspruch ohne das Vollstreckungsurtheil auf Grund des § 866 sicher nicht beigemessen werden; denn dieser Paragraph giebt dem Schiedsspruch die Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils nur unter den Parteien, und ist zwar insofern ausdehnend auszulegen, als der Schiedsspruch auch im Verhältniss zu denjenigen Dritten wirkt, im Verhältniss zu welchen nach allgemeinen Grundsätzen auch die Rechtskraft des Urtheils wirksam ist; aber jene eigenthümliche, den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung entlehnte weitergehende Wirkung kann der Schiedsspruch nur unter den Bedingungen der Vollstreckbarkeit, also nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils haben. Es würde aber unzulässig sein, die Fiction zu zerspalten, und unter den Parteien und sonst an die Rechtskraft gebundenen Personen schon mit dem Schiedsspruch, und nur im Verhältniss zu andern erst mit dem Vollstreckungsurtheil eintreten zu lassen. Sie muss vielmehr einheitlich mit dem letzteren eintreten.

Das ausländische Urtheil[2]) bedarf des Vollstreckungsurtheils (§ 660 C.-Pr.-O.) selbstverständlich dann, wenn auf Grund des deutschen Zwangsvollstreckungsrechtes die dem ausländischen Prozessrecht unbekannte Fiction der Willenserklärung herbeigeführt

[1]) Ob. S. 70.

[2]) Reichsgericht a. a. O., Seuffert a. a. O.

werden soll. Eine andere Frage ist es, ob, wenn das ausländische Prozessrecht selbst eine dem § 779 C.-Pr.-O. gleichartige Vorschrift enthält, also die Willenserklärung nach ausländischem Rechte auf Grund des Urtheils fingirt wird, das deutsche Recht die Willenserklärung als eine im Ausland nach dortigem Rechte abgegebene ohne Vollstreckungsurtheil anerkennt. Man könnte sich darauf stützen, dass ein im Auslande nach dortigem Prozessrecht erfolgter realer Vollstreckungsakt in seinen Wirkungen vom deutschen Rechte anerkannt wird. Wenn z. B. nach österreichischem Prozessrecht [1]) demjenigen, welcher zur Herausgabe einer Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung verurtheilt ist, die Sache zwangsweise weggenommen und dem Gläubiger übergeben ist, so erkennt unstreitig auch das deutsche Recht den Gläubiger als Eigenthümer an, trotzdem die Eigenthumsübertragungserklärung des Schuldners fehlt und nur durch den Akt des Vollstreckungsbeamten ersetzt ist; denn der Erwerbsakt beurtheilt sich nach dem Rechte des Ortes, wo er geschieht. So, könnte man sagen, hat auch das ausländische Urtheil bereits im Auslande die Willenserklärung des Beklagten ersetzt, wenn die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach dem ausländischen Rechte jene Folge hat, und dieser ausländische Vorgang ist ebenso wie jener zu achten.

Allein das wäre ein Fehlschluss. Denn in jenem ersten Falle liegt ein real im Auslande vollzogener, dem Urtheil gegenüber selbstständiger Akt vor, die Wegnahme der Sache, während in diesem zweiten der reale ausländische Vorgang nichts ist, als die Fällung des Urtheils, nichts als das Gebot des ausländischen Richters, es solle alles so gehalten werden, wie wenn die Erklärung abgegeben wäre. Es ist streitig, ob das Vollstreckungsurtheil nur für die Vollstreckung oder auch für die sonstige Geltendmachung der Rechtskraft des ausländischen Urtheils in Deutschland die unerlässliche Voraussetzung ist. [2]) Nimmt man mit der in Deutschland herrschenden Lehre das letztere an [3]), so ist unsere Frage sofort erledigt. Denn danach

[1]) V. Canstein, Lehrbuch des österr. Civilprozessrechtes B. 2 § 109, III S. 888 f. Ullmann, österr. Civilprozessr. § 185, 5. 6. S. 549.

[2]) Vgl. v. Bar, Theorie u. Prax. d. internat. Privatr. B. 2 §§ 413—415.

[3]) Dafür Reichsger. I. Sen., Urth. v. 29. I. 83, Entsch. B. 8 S. 385 ff. Vgl. auch VI. Sen. a. a. O. (ob. S. 129[4]) S. 423 („Wirkung äussern"); zweifelnd derselbe Sen., Urth. v. 23. VI. 90, Entsch. B. 26 S. 131.

würde die hier in Rede stehende Wirkung des Urtheils nicht anders behandelt werden können als jede andere. Aber auch vom entgegengesetzten Standpunkte aus wird hier wie bei dem Schiedsspruche zu beachten sein, dass die Fiction der Willenserklärung, auf deren Abgabe das Urtheil lautet, von der deutschen C.-Pr.-O. als Sache der Zwangsvollstreckung aufgefasst wird und sich auch in ihrer Wirkung gegen Dritte als solche ausweist. Wenn nun das deutsche Recht das ausländische Urtheil als vollstreckbar nur anerkennt auf Grund des Vollstreckungsurtheils, so kann es über ein ausländisches Urtheil, welches ohne einen realen, von ihm unabhängigen Vollstreckungsvorgang mit der Prätension auftritt, dass wir es in Deutschland als vollstreckt gelten lassen sollen, nicht anders urtheilen. Es wird auch mit diesem Verlangen deutsche Vollstreckung des ausländischen Urtheils begehrt, und diese ist hier wie sonst nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils zulässig.

Umgekehrt kann auch das deutsche Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, nur unter den Voraussetzungen, unter welchen deutsche Urteile in dem fremden Staate überhaupt vollstreckt werden, und nur auf die dort geltende Weise Vollstreckung beanspruchen; die deutsche Fiction der Willenserklärung auf Grund des § 779 C.-Pr.-O. wirkt nur im Bereiche der deutschen Gerichtsbarkeit. (Vgl. oben S. 102.)

Das Vollstreckungsurtheil zum Schiedsspruch wie zum ausländischen Urtheil nimmt im übrigen dieselbe Stellung ein, wie wenn es selbst zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilt hätte, woraus sich alle Nebenfragen von selbst beantworten. Zur Annahme einer rückwirkenden Kraft der Fiction würde jeder Anhalt fehlen.

VI.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Rechtshandlungen.

Es ist in einem früheren Abschnitte (II) versucht, die Grenze festzulegen zwischen den Willenserklärungen im Sinne des § 779 C.-Pr.-O. und den Handlungen im Sinne der §§ 773. 774 C.-Pr.-O. Nach dem hervorgehobenen Prinzip der Anwendung des § 779 [1]) wird, wenn eine Handlung nicht reine Willenserklärung ist, sondern nur eine solche als Element enthält, niemals dieses Element durch die Fiction des § 779 hergestellt, so dass nur das sonst Erforderliche auf anderem Wege zu beschaffen bliebe, sondern, wie die vollstreckbare Verpflichtung zur Herausgabe (Leistung) von Sachen ausschliesslich den §§ 769 ff. C.-Pr.-O. untersteht [2]), so richtet sich die Zwangsvollstreckung wegen Handlungen, auch wenn eine Willenserklärung in ihnen enthalten ist, ausschliesslich nach §§ 773. 774.

Es bleibt aber noch die Frage zu beantworten, inwieweit die Zwangsvollstreckung wegen Rechtshandlungen dem ersten, und inwieweit sie dem zweiten der genannten Paragraphen untersteht. Ist die Vornahme einer Rechtshandlung, insbesondere die Ausstellung eines Wechsels oder einer andern der Fiction des § 779 nicht unterliegenden Urkunde, eine Handlung, welche von einem Dritten vorgenommen werden kann, kann sich also der Gläubiger gemäss § 773 vom Gericht ermächtigen lassen, eine solche Handlung von einem Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen? oder aber liegt eine Handlung vor, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, so dass der Schuldner gemäss § 774 zu ihrer Vornahme durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten ist, vorausgesetzt, dass sie ausschliesslich von seinem Willen abhängt?

Selbstverständlich ist das erstere dann der Fall, wenn dem Anspruche des Gläubigers statt der Rechtshandlung des Schuldners diejenige eines Dritten als solche, als Handlung des Dritten, genügt. Wenn z. B. der Beklagte verurtheilt ist, dem Kläger Wechsel auf den und den Platz in bestimmtem Betrage zu geben, so wird es dem

[1]) Vgl. oben S. 74. 79.
[2]) Vgl. oben S. 74 ff.

Kläger, wenn auch nicht immer, so doch sehr oft genügen, statt vom Beklagten, von einem Dritten umlaufsfähige Wechsel in dem bestimmten Betrage auf den bestimmten Platz ausgestellt oder indossirt zu erhalten. In diesem Falle kann er sich ermächtigen lassen, auf Kosten des Beklagten sich von einem Dritten derartige Wechsel zu kaufen.

Streitig aber ist, ob, wenn der Gläubiger eine Handlung braucht, welche Handlung des Schuldners **ist** oder rechtlich **dafür gilt**, durch das Verfahren gemäss § 773 C.-Pr.-O. dem Schuldner zwangsweise ein **Stellvertreter** aufgenöthigt werden kann, der **in seinem Namen** die urtheilsmässige Rechtshandlung vornimmt, gleich als sei sie von dem Schuldner selbst vorgenommen. Diese Frage war schon auf Grund des älteren Prozessrechts bestritten, welches bei s. g. vertretbaren Handlungen einen gleichartigen Weg der Zwangsvollstreckung wie § 773 C.-Pr.-O. kannte.[1] Die eine Auffassung betonte, dass die Unterschrift einer Urkunde regelmässig nicht nothwendig eigenhändig zu sein braucht, auch bei sonstigen Rechtshandlungen regelmässig Stellvertretung zulässig ist, und glaubte daraus schliessen zu dürfen, dass solche Handlungen unter den Begriff derjenigen fallen, die von einem andern ebenso gut wie von dem Schuldner vorgenommen werden können und daher im Vollstreckungsverfahren durch einen dem Exequenden zu bestellenden Vertreter herbeizuführen sind.[2]

[1]) Für den gemeinen Civilprozess vgl. **Wetzell** § 50 S. 650, **Bayer**, Vorträge § 336. Ferner: preussische A. G.-O. I, 24 § 49 verbunden mit Verordnung v. 4. März 1834 § 9; sächsisches Exekutionsgesetz v. 28. Febr. 1838 § 71; braunschweigische C.-Pr.-O. § 382; hannoversche B. Pr.-O. § 549. Für Oesterreich vgl. v. **Canstein**, österr. Civilprozessrecht B. 2 § 109, VII, **Ullmann**, österr. Civilprozessrecht § 185, 7.

[2]) Rescript des preussischen Justizministeriums vom 4. April 1837 bei v. **Roenne**, Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher B. 3, zu A. G.-O. I, 24 §§ 49—52, No. 7, a. Vgl. auch **Hälschner** daselbst No. 7, c: der dem Verurtheilten zu bestellende Vertreter habe die Handlung in seine Seele zu vollbringen. Auch der österreichische oberste Gerichtshof hat bei Verurtheilung zur Ausstellung einer Urkunde die Ausstellung derselben durch einen Kurator zugelassen, **Ullmann** a. a. O. § 185[5]. — Bei der Zwangstrauung kam die Form vor, dass ein Dritter im Namen des Renitenten Ja sagt; vgl. die kurbrandenburgischen Rescripte vom 17. Febr. und 12. März 1686 bei **Friedberg**, Zeitschr. f. Kirchenrecht B. 6 S. 83. Selbst für die Abbitte findet sich, dass sie ein Dritter, der Gefängnissschliesser, „in die Seele“

Die andere Ansicht erklärte dies für unmöglich und hielt Rechtsgeschäfte vielmehr für unvertretbare Handlungen, da, wie Koch sagte, ein Dritter den Willen einer andern selbstständigen Person nicht haben könne. [1])

Auf dem Boden der R.-C.-Pr.-O. setzt sich der Streit fort. Für die Anwendbarkeit des § 773 auf die Verurtheilung zur Abgabe einer Unterschrift sind Struckmann und Koch [2]), weil die Unterschrift nicht nothwendig eigenhändig sei, und die Vollmacht durch die Ermächtigung des Gerichts ersetzt werde, etwas vorsichtiger Gaupp [3]) (: „sofern die Unterschrift nicht eine eigenhändige sein muss"). Für unvertretbare Handlungen dagegen, welche unter § 774 fallen, soweit nicht § 779 reicht, hält die Willenserklärungen Endemann. [4]) Wilmowski und Levy hatten sich früher für die Anwendbarkeit des § 773 entschieden [5]); sie haben die entsprechende Bemerkung jetzt durch die keineswegs deutliche Erklärung ersetzt, dass auf die Verurtheilung zur Beisetzung einer Unterschrift, zur Ausstellung eines Wechsels u. s. w. die Vorschriften über executio ad faciendum anwendbar seien [6]); aus dem Vergleich, durch welchen sich jemand zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet, lassen sie die Zwangsvollstreckung gemäss § 773 oder § 774 zu, ohne Auskunft darüber zu geben, wann dieser und wann jener Paragraph Platz greife. [7]) Auf die Errichtung eines bestimmten Vertrages und

des Verurtheilten leistet; vgl. mecklenburgisches Regierungsrescript vom 21. IX. 1825 bei Trotsche, Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg-Schwerin'schen Particular-Civilprozesses (Güstrow 1837) § 140 [a].

[1]) Koch, preussischer Civilprozess § 320, Oberlandesgericht Breslau bei v. Roenne a. a. O. No. 7, b. Das Kammergericht erklärte es mittels Plenarentscheidung vom 23. X. 1850 a. a. O. d. für unzulässig, wenn der Beklagte zur Abtretung eines bereits in dritte Hand übergegangenen Grundstücks verurtheilt sei, ihm gerichtsseitig einen Vertreter zum Zwecke der Errichtung eines Kaufvertrages mit dem Besitzer des Grundstücks zu bestellen. Vgl. auch Ullmann a. a. O., welcher bei Verurtheilung zur Ausstellung einer Urkunde sich für die Exekution durch Geld- und Arreststrafe erklärt.

[2]) Zu § 779 Anm. 1.

[3]) Zu § 779 Anm. I, 2.

[4]) B. 3 zu § 773 S. 317; zu § 779 S. 330 f.

[5]) 3. Aufl. zu § 779 Anm. 2.

[6]) 6. Aufl. a. a. O.

[7]) Zu § 779 Anm. 2.

die Bestellung einer Verbalkaution wollen sie § 774 angewandt wissen [1]), dagegen finden sie kein Wort des Widerspruchs gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Kassel [2]), welcher die vollstreckbare Verpflichtung zur Erhebung einer Klage dem § 773 unterstellt. [3]) Neuestens bezeichnet es Levy [4]) wieder als fraglich, ob eine Wahlerklärung des Schuldners, (wenn überhaupt einer Zwangsvollstreckung,) den Bestimmungen des § 774 oder denen des § 773 unterliegen würde. Auch Seuffert giebt keine klare Auskunft. Auch er sagt, dass bei der Verurtheilung zur Beisetzung einer Unterschrift, zur Indossirung eines Orderpapiers, zur Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Quittung § 773 oder § 774 anwendbar sei, ohne Angabe darüber, wann das eine, wann das andere [5]); Seuffert referirt einerseits ohne Widerspruch das Urtheil des Reichsgerichts [6]), welches den Fall des § 774 bei Verurtheilung zur Bestellung einer Verbalkaution für gegeben hält [7]), andererseits unterstellt er die Verurtheilung zur Vornahme einer Ausspielung dem § 773 [8]), und ebendemselben auch die Vollstreckung eines Erkenntnisses, welches mehrere Beklagte verurtheilt, eine ihnen gemeinschaftlich obliegende Leistung nach Verhältniss ihres Vermögens zu theilen. [9])

Nicht minder schwankend ist die Rechtsprechung. Bereits früher ist bemerkt, dass das Oberlandesgericht Kiel [10]) auf die Errichtung eines schriftlichen Vertrages, der dritte Senat des Reichsgerichts auf die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht [11]) und auf die Bestellung einer Verbalkaution [12]) das Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. angewandt haben. Ebenso urtheilt der zweite Senat [13]) über

---

[1]) Zu § 774 Anm. 1.

[2]) Vgl. unten S. 137.

[3]) Zu § 773 Anm. 2 a. E.

[4]) Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 43.

[5]) Zu § 779 Anm. 2.

[6]) Vgl. oben S. 79 f.

[7]) Zu § 774 Anm. 1.

[8]) Zu § 773 Anm. 2.

[9]) Zu § 774 Anm. 1. Indessen liegt hier nahe, an einen Druckfehler zu denken und statt 773 zu lesen 778. Vgl. unten S. 154.

[10]) Vgl. oben S. 91.

[11]) Vgl. oben S. 94.

[12]) Vgl. oben S. 80.

[13]) Urtheil v. 22 II. 83, Entsch. B. 9 S. 317.

die mögliche Verpflichtung eines Fabrikbesitzers, auf Verlangen seines Arbeiters zur Realisirung einer Unfallversicherung „die erforderlichen Schritte gegenüber der Versicherungsgesellschaft“ zu thun. Dagegen hat der fünfte Senat des Reichsgerichts [1]) ausgesprochen: „Der Regel nach ersetzt bei allen Handlungen, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen andern ausführen lassen kann, die vom Gericht zu ertheilende Ermächtigung die Stelle dieser Vollmacht.“ Das Oberlandesgericht zu Kassel [2]) hält sogar § 773 C.-Pr.-O. für anwendbar auf die vollstreckbare Verpflichtung zur Erhebung einer Klage. Das Landgericht hatte im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem Vergleiche dem Beklagten aufgegeben, bei Meidung einer Geldstrafe eine bestimmte zur Herbeiführung der Abrechnung und Auseinandersetzung mit einem Dritten erforderliche Klage gegen diesen anzustellen. [3]) Das Oberlandesgericht hob diesen Beschluss auf und wies den Vollstreckungsantrag ab, indem es ausführte, dass jedenfalls die Zwangsvollstreckung nach § 774 C.-Pr.-O. ausgeschlossen sei. „Denn die Anstellung einer Klage ist als eine Handlung, welche in jedem Falle durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, nicht anzusehen. Sie kann vielmehr sehr wohl auch durch einen Dritten erfolgen, indem dabei die Vollmacht des Schuldners durch die gerichtliche Ermächtigung gemäss § 773 C.-Pr.-O. ersetzt würde. Vorliegend ist dies um so unbedenklicher anzunehmen, weil der Kläger selbst mit den für die Begründung der zu erhebenden Klage wesentlichen Thatsachen und Rechtsverhältnissen genau bekannt ist, und der Beklagte nur als sein Rechtsnachfolger auf Grund der Information durch seinen Vorgänger klagen kann.“

Es lässt sich nun aber mit Sicherheit nachweisen, dass die auf Grund des § 773 C.-Pr.-O. ertheilte Ermächtigung, eine Handlung auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen, niemals geeignet ist, eine Vollmacht oder Ermächtigung des Schuldners

[1]) Beschl. v. 30. VI. 86, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 33 S. 127.

[2]) Beschl. v. 23. IX. 89, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 15 S. 526.

[3]) Das ohne Zweifel sehr interessante Verhältniss, aus welchem dem Beklagten diese Verpflichtung gegen den Kläger oblag, ist leider nicht mitgetheilt, und man kann sich schwer ein Bild davon machen.

zu Rechtshandlungen zu ersetzen, sondern lediglich die Kraft hat, den Schuldner zur Tragung der Kosten, und, wo dies in Frage kommt, zur faktischen Duldung der Handlung zu verpflichten.

Die Vorakten der C.-Pr.-O. lassen keinen Zweifel daran, dass Willenserklärungen, soweit sie nicht unter § 779 C.-Pr.-O. fallen, als dem Bereich des § 774, nicht des § 773 angehörig betrachtet wurden. In den Verhandlungen der norddeutschen Kommission[1]) wurde darüber diskutirt, ob für die nur dem Schuldner selbst möglichen Handlungen Zwang durch Geldbusse oder Personalarrest zuzulassen sei, oder nur die Interesseklage. Der Referent führte unter anderm aus: „Für manche Handlungen der vorliegenden Art sei überdies ein direkter Zwang nicht einmal möglich, bei andern, z. B. bei Willenserklärungen, sei derselbe entbehrlich, weil hier die Handlung durch die Rechtskraft des zu derselben verurtheilenden Erkenntnisses ersetzt werde, wie sich namentlich im Hypothekenverkehr zeige.“

Die Motive zum ersten deutschen Entwurf[2]) behandeln in zwei Absätzen die Handlungen, welche von einem Dritten vorgenommen werden können, und diejenigen, welche es nicht können. In dem letzteren Absatz sagen sie[3]): „Es werden danach nur solche Fälle für die Zwangsvollstreckung“ — d. h. für die in Rede stehende — „übrig bleiben, in welchen die Verpflichtung auf die Abgabe einer Willenserklärung oder die Ertheilung einer Auskunft, insbesondere Rechnungslegung gerichtet ist. Auch von diesen Fällen kann noch die Abgabe einer Willenserklärung der Zwangsvollstreckung ganz entzogen werden, wenn die Erklärung selbst durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt wird.“ Es unterliegt danach nicht dem mindesten Zweifel, dass, so weit das letztere nicht der Fall ist, weil die Willenserklärung keine reine ist, sondern eine Rechtshandlung, die durch Fiction nicht ersetzt werden kann, nach der Absicht dieses Entwurfes die Zwangsvollstreckung gemäss § 695 = 774 C.-Pr.-O. stattfinden sollte.

---

[1]) Protok. S. 2063; vgl. Redaktionsentwurf §§ 1015. 1016, definitiv. Entwurf §§ 1054. 1055. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des einen wie des andern Paragraphen lauten bereits genau so wie in §§ 773. 774 C.-Pr.-O.

[2]) §§ 694. 695, Mot. S. 479 f.

[3]) S. 480.

Die Ausdrucksweise der Motive des zweiten und der des letzten deutschen Entwurfs ist zwar weniger klar; aber entscheidend ist auch hier der Zusammenhang. Auch hier erscheint die Vorschrift, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt [1], als Ausnahme in dem Absatz über die Zwangsvollstreckung wegen Handlungen, die ein Dritter nicht vornehmen kann [2]. Auch hier ist also der Gedanke, dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung dieser Art der Zwangsvollstreckung unterliegen würde, wenn man nicht jene Ausnahmevorschrift hätte, woraus zwingend folgt, dass sie ihr unterliegt, soweit nicht die Ausnahme reicht. Dass man, abgesehen von spezialgesetzlichen Erscheinungen [3], gleichwohl als Fälle der Anwendbarkeit des § 774 C.-Pr.-O., nur Urtheile anzuführen wusste, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides oder auf Ertheilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind, beruht auf Überschätzung der Tragweite des § 779 C.-Pr.-O.; man übersah, dass durch diesen Paragraphen die Rechtshandlungen, welche mehr als reine Willenserklärung sind, nicht gedeckt werden; das kann aber das obige Ergebniss nicht ändern. Auch sind in den Motiven wie in den Kommissionsverhandlungen als Beispiele von Handlungen, welche durch einen Dritten vorgenommen werden können, nur rein thatsächliche, Beseitigung einer Anlage [4], Aufführung eines Gebäudes, Handeln auf fremdem Grund und Boden [5], namhaft gemacht.

Wir behandeln diese Feststellung über die Absicht des Gesetzgebers keineswegs als ausschlaggebend; es kommt hier, wie immer, darauf an, ob diese Absicht im Gesetz hinlänglichen Ausdruck gefunden hat. Dies ist unzweifelhaft der Fall. § 773 Abs. 1 C-Pr.-O. lautet:

„Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht

---

[1]) II § 712; III § 725.

[2]) II § 707, Mot. S. 574 f. III § 720, Mot. S. 443 (Hahn, Materialien S. 466).

[3]) Z. B. Seemannsordnung § 29.

[4]) Mot. S. 443 (Hahn S. 466.)

[5]) Protok. der Kommission S. 413 (Hahn S. 860.)

erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen."

Die Behauptung, dass die nach dieser Bestimmung ertheilte Ermächtigung des Gerichts die sonst erforderliche Vollmacht des Schuldners zum Handeln in seinem Namen ersetze, beruht auf Verkehrung einer Voraussetzung des Beschlusses in eine Wirkung desselben. Klar ist, dass die sämmtlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 773 vorliegen müssen, ehe die Ermächtigung ertheilt wird. Die Handlung eines Dritten muss also vor Ertheilung der Ermächtigung die Handlung des Schuldners zu ersetzen geeignet sein, wie z. B. bei einer handwerksmässigen Arbeit der Fall ist, bei welcher es nicht auf besondere, nur dem Schuldner innewohnende Fähigkeiten ankommt. Hier ist die Handlung eines Dritten als seine eigene Handlung im Stande, denselben Erfolg herzustellen, welchen die Handlung des Schuldners herbeiführen sollte. Weil das so ist, kann das Gericht den Gläubiger ermächtigen, die Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Aber es kann nicht die Ermächtigung darauf gestützt werden, dass, wenn sie da wäre, die Handlung des Dritten diejenige des Schuldners zu ersetzen geeignet sein würde. Wenn es beispielsweise gilt, einen Wechsel zu unterschreiben, so kann die Handlung eines Dritten als seine Handlung keineswegs diejenige des Schuldners ersetzen, sondern sie kann dies nur, wenn sie im Namen des Schuldners erfolgt und rechtlich wie eine Handlung dss Schuldners behandelt wird, auf Grund seiner Vollmacht. An dieser fehlt es aber gerade, und damit fehlt eine wesentliche Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 773 C.-Pr.-O. Die Behauptung, dass hier die Ermächtigung ertheilt werden könne mit der Wirkung, dass nunmehr die Handlung des Dritten diejenige des Schuldners ersetze, legt dem Beschlusse die Kraft bei, die Voraussetzungen zu schaffen, von denen er abhängt: Münchhausen, der sich am eigenen Zopf emporzieht.

Der Nachdruck des Beschlusses nach § 773 C.-Pr.-O. liegt nicht darauf, dass der Gläubiger ermächtigt wird, die Handlung von einem Dritten vornehmen zu lassen, sondern darauf, dass er ermächtigt wird, sie auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Dazu, dass die Handlung des Dritten die Schuld des Schuldners tilgte, bedürfte

es der Ermächtigung des Gerichts nicht im mindesten. Denn es kann bekanntlich jeder Dritte selbst wider meinen Willen meine Schuld begleichen.[1]) Der Ermächtigung des Gerichtes bedarf es vielmehr nur, um den Schuldner mit den Kosten der Handlung des Dritten zu belasten, zu deren Vorausbezahlung er verurtheilt werden kann, vorbehaltlich der Nachforderung, wenn die Handlung grössere Kosten verursacht (§ 773 Abs. 2 C.-Pr.-O.). Es bedarf ihrer ferner, um den Schuldner zur Duldung der Handlung des Dritten zu verpflichten, soweit dies in Frage kommt, wie namentlich bei Vornahmen auf dem Grundstück des Schuldners. Civilrechtlich ist der Schuldner nur verpflichtet, selbst zu handeln, eventuell das Interesse mangels seiner Handlung zu leisten, welches mit Tragung der Kosten der Handlung eines Dritten nicht identisch ist. Die Handlung eines Dritten zu dulden und zu bezahlen, verpflichtet ihn erst der Beschluss des Gerichts.[2])

Dabei bleibt aber Folgendes zu beachten. Der Schuldner kann noch durch eigene Handlung sich befreien und auf diesen Grund hin gemäss §§ 686. 688 C.-Pr.-O. der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung entgegentreten und die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregel, nämlich des Ermächtigungsbeschlusses, erwirken. Diese Möglichkeit fällt fort, wenn der Dritte die Handlung bereits vorgenommen hat. Ist zwar dies noch nicht geschehen, hat aber der Gläubiger bereits mit einem Dritten wegen Vornahme der Handlung kontrahirt, so bleibt der Schuldner, wenn er die Hand-

[1]) D. 46, 3, 23 (Pomp.) 40 (Gai). D. 3, 5, 38 (39) (Gai).

[2]) Der Beschluss ist Zwangsvollstreckungstitel in Bezug auf die Duldung. Der Gläubiger kann gemäss § 777 C.-Pr.-O. zur Beseitigung etwaigen Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen. Aber er braucht dies nicht zu thun, sondern kann auch das Strafverfahren gemäss § 775 C.-Pr.-O. einleiten. Hierin liegt nicht eine Vermengung getrennter Zwangsvollstreckungsweisen (wegen Handlungen und wegen Duldungen), gegen deren Möglichkeit wir uns erklärt haben (vgl. ob. S. 74 79), sondern das Verhältniss ist dies, dass die urtheilsmässige Verpflichtung, zu handeln, durch den vollstreckbaren Beschluss umschlägt in zwei andere Verpflichtungen: zu dulden und zu zahlen, von denen die erste gemäss den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Duldungen ebensowohl vollstreckbar ist, wie die zweite gemäss den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Inwiefern noch auf das ursprüngliche Verpflichtungsverhältniss zurückgegriffen werden kann, darüber im folgenden Text.

lung selbst vornimmt, dem Gläubiger jedenfalls zur Erstattung desjenigen verbunden, was der Gläubiger dem Dritten vertragsmässig zu zahlen hat; denn der Dritte verliert den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung dadurch ohne weiteres nicht, dass der Gläubiger nunmehr von der Handlung des Dritten keinen Gebrauch mehr machen kann. Hieraus resultirt, dass der Schuldner im allgemeinen nicht wohl thun wird, die Handlung noch selbst zu besorgen, nachdem der Gläubiger einen Dritten gedungen hatte.

Der Gläubiger seinerseits wird nicht für befugt erachtet werden können, nach Erlass des sofort vollstreckbaren [1]) Beschlusses den gewählten Weg willkürlich zu verlassen und zur Interesseklage (§ 778 C.-Pr.-O.) überzuspringen, um es etwa hier mit einer im Vergleich zu den Kosten der Handlung eines Dritten höheren Interesseliquidation zu versuchen. Denn wenn auch die C.-Pr.-O. sagt, dass ihre Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung das Recht des Gläubigers nicht berühren, das Interesse zu fordern, so ist damit doch nicht gesagt, dass der Gläubiger zwischen Zwangsvollstreckung und Interesseforderung beliebig variiren könnte. Der Schuldner bliebe bei Erhebung der Interesseklage von der Zwangsvollstreckung aus dem Beschlusse bedroht und müsste selbst erklärten Verzicht des Gläubigers auf die Rechte aus dem Beschlusse erst im Klagewege gemäss §§ 686. 703 C.-Pr.-O. geltend machen. Der Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. wirkt für wie gegen den Schuldner; er entlastet ihn ebenso von der Verpflichtung zur eigenen Handlung [2]) und der Verpflichtung mangels dieser das Interesse zu leisten, wie er ihn mit den Kosten der Handlung eines Dritten belastet [3]).

Aber der Beschluss ruht auf der Voraussetzung, dass sich der Gläubiger durch die Handlung eines Dritten den Erfolg, auf welchen er Anspruch hat, verschaffen kann. Sollte sich herausstellen, dass

[1]) §§ 701. 776. 702 No. 3. 535 C.-Pr.-O.

[2]) Mit der Möglichkeit der Befreiung durch eigene Handlung ist dies nicht unvereinbar.

[3]) Die Sache steht wesentlich anders als im Falle des § 774 C.-Pr.-O. Diesen Vollstreckungsweg kann der Gläubiger jeden Augenblick verlassen, um zur Interesseklage zu greifen, weil, auch wenn er jenen Weg bis zum letzten Ende verfolgte, ohne dass der Schuldner die Handlung vornähme, die Interesseklage übrig bliebe.

kein Dritter sich zur Uebernahme der Handlung findet, so muss dem Gläubiger die Interesseklage offen stehen. Setzen wir zunächst den Fall, dass der Schuldner nicht verurtheilt ist, die Kosten vorauszubezahlen, so kann der Gläubiger auf Grund des Beschlusses nicht das Geringste von dem Schuldner einfordern, ohne dass die Handlung vorgenommen ist; denn dem Schuldner ist durch den Beschluss nicht auferlegt, zu zahlen, was eine solche Handlung kosten würde, wenn sie erfolgte, sondern was die ausgeführte Handlung (angemessener Weise) gekostet hat. Ist der Schuldner zur Vorausbezahlung verurtheilt, so ist das Ergebniss dasselbe; denn wie der Gläubiger nachfordern kann, wenn die Handlung mehr gekostet hat, so muss auch der Schuldner zurückfordern können, was für die ausgeführte Handlung nicht verbraucht ist[1]); folglich muss er, wenn die Handlung unausgeführt bleibt, alles zurückfordern können (condictio ob causam dati causa non secuta). Es kann aber nicht der Wille der C.-Pr.-O. sein, für solche Fälle den Gläubiger rechtlos zu stellen; er muss also, wenn er die Handlung durch einen Dritten nicht ausführen lassen kann, die Interesseklage anstellen können, wobei der Schuldner mit der Rückforderung des etwa gezahlten Vorschusses kompensiren kann[2]). Der Einwand, dass die Handlung auch ihm unmöglich sei, kommt dem Schuldner nur als neu entstandener gemäss § 686 C.-Pr.-O. zu statten.

Nur mit diesen Vorbehalten kann man den Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. als Umwandlung der Handlungspflicht des Schuldners in die Verpflichtung zur Bezahlung und Duldung der Handlung eines Dritten auffassen. Weiter aber als in diesen beiden Beziehungen geht ihn diese Handlung überhaupt nichts an. Der Dritte ist nicht sein Vertreter, sondern völlig selbstständiger Mitkontrahent des Gläubigers[3]). Der Schuldner steht für die mangelhafte Ausführung der Handlung durch den Dritten nicht ein; denn er hat keinerlei Einfluss auf die Auswahl des Dritten, den vielmehr der Gläubiger

[1]) Seuffert zu § 773 Anm. 5, Wilmowski-Levy zu § 773 Anm. 4.

[2]) Selbstverständlich kann der Gläubiger auch die Rückforderungsklage des Schuldners abwarten, um dann die Interesseforderung kompensationsweise geltend zu machen.

[3]) Dass der Gläubiger nicht in Stellvertretung des Schuldners mit dem Dritten kontrahirt, bemerkt mit Recht Seuffert zu § 773 Anm. 5.

völlig beliebig wählt, dem Gericht nicht zu nennen, ja bei Erwirkung des Beschlusses noch gar nicht gefunden zu haben braucht, dessen Qualification das Gericht nicht prüft, und den der Gläubiger selber spielen kann, eben weil es jeder sein darf. Wie hätte das Gesetz zu einer solchen Regelung kommen sollen, wenn der Dritte Stellvertreter des Schuldners in einer Rechtshandlung sein könnte! Ist nicht namentlich der Prozessgegner die allerungeeignetste Persönlichkeit hierzu? Dass Akte des Gerichts Erklärungen des Schuldners ersetzen, wie in § 779 C.-Pr.-O. und bei der Ueberweisung einer Forderung (§ 737 C.-Pr.-O.), oder auch Akte des Gerichtsvollziehers, wie bei der Wegnahme von Sachen [1]) und in den Fällen der §§ 723. 724 C.-Pr.-O. bei der Umschreibung gepfändeter auf Namen lautender Werthpapiere und Wiederinkurssetzung gepfändeter ausser Kurs gesetzter Inhaberpapiere — hier auf besondere Ermächtigung durch das Vollstreckungsgericht —, kann man verstehen; dass der Schuldner durch einen beliebigen Dritten oder gar den Kläger vertreten würde, wäre unbegreiflich.

Welche praktischen Schwierigkeiten die bekämpfte Ansicht im Gefolge haben würde, soll hier nicht eingehend betrachtet werden. Nur die vom Oberlandsgericht Kassel für zulässig erklärte Erhebung der Klage durch einen Dritten im Namen des Schuldners wolle man sich in ihren Konsequenzen einmal vergegenwärtigen. Die Ermächtigung könnte sich vernünftigerweise nicht auf die Erhebung der Klage beschränken — sonst würde zu jedem neuen prozessualen Schritt neue Ermächtigung nöthig sein —, sondern sie müsste die Führung des Prozesses mit umfassen.

Die Ermächtigung müsste sogar mehr sein als Vollmacht. Denn der Schuldner dürfte dem Dritten natürlich nicht kündigen können, sonst wäre die Ermächtigung illusorisch, und doch, sollte er nicht später den Prozess selbst in die Hand nehmen können, wenn er sich anders besonnen hat? Könnte der Schuldner, der doch Partei (Kläger) in dem anzustellenden Prozess wäre, miterscheinen und die Erklärungen des Dritten (seines Quasi-Bevollmächtigten) widerrufen oder berichtigen? Klage oder Rechtsmittel selbst oder durch einen zweiten von ihm bestellten Bevollmächtigten zurücknehmen (§ 80

[1]) Vergl. ob. S. 74 ff.

C.-Pr.-O.)? Könnte er dies, so würde er dem Vollstreckungsgläubiger den Prozess bald verleiden; könnte er dies alles nicht, was für eine Stellung hätte er dann in seinem eigenen Prozess? Ordnung käme in die Sache nur dann, wenn man den Schuldner als prozessunfähige Partei und den Dritten, der auf Grund der Ermächtigung die Klage erhebt, als seinen gesetzlichen Vertreter behandelt; dieses kennt aber die C.-Pr.-O. sicherlich nicht.

Die Ansicht, dass die Ermächtigung des Gerichts den Dritten zum Handeln im Namen des Schuldners legitimire, ist vielleicht mit veranlasst durch die Erscheinung, dass unzweifelhaft der Kläger, wenn der Beklagte verurtheilt ist, ihn von einer Schuld,[1]) Bürgschaft,[2]) hypothekarischen Last[3]) zu befreien, sich ermächtigen lassen kann, diese Handlung auf Kosten des Beklagten durch einen Dritten, — der er auch selbst sein kann, — vornehmen zu lassen. Wenigstens ist es diese Erscheinung, zu deren Begründung der fünfte Senat des Reichsgerichts den oben angeführten Satz aufstellt, dass die gerichtliche Ermächtigung die Vollmacht des Schuldners bei allen Handlungen vertrete, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen Dritten vornehmen lassen kann.[4]) Allein diese Begründung ist ganz überflüssig, weil die Befreiung eines andern von seiner Schuld mit der Stellvertretung, dem Handeln in seinem Namen, wie bereits oben bemerkt ist, gar nichts zu thun hat. Der Kläger kann sich in solchen Fällen selbst befreien, und wenn er für eine Schuld des Beklagten haftet, soweit es zu seiner Befreiung nöthig ist, die Schuld des Beklagten selbst wider dessen Willen tilgen oder durch einen beliebigen Dritten tilgen lassen; die Ermächtigung des Gerichts braucht er nur, um die Kosten von dem Schuldner einziehen zu können.

Was insbesondere die Löschung der Hypothek angeht, von

---

[1]) O.-L.-G. Dresden, Beschl. v. 22. XII. 81, Annalen B. 3 S. 271, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 6 S. 525.

[2]) Reichsger., Feriensen., Beschl. v. 14. IX. 87., Entsch. B. 18 S. 435.

[3]) Reichsger., V. Senat, Beschl. v. 27. VI. 88, Entsch. B. 21 S. 377, Beschl. v. 24. IV. 89, Entsch. B. 23 S. 364 ff.; O.-L.-G. Dresden, Beschl. v. 25. VII. u. v. 9. VIII. 81, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 6 S. 527 a. E.; O.-L.-G. Jena 13. V. 85, Thür. Blätter B. 33 S. 279.

[4]) Vgl. ob. S. 137.

welcher das Grundstück des Klägers befreit werden soll, so führt weder der Löschungsantrag noch die Extrahirung löschungsfähiger Quittung von dem Gläubiger dazu, dass im Namen und mit Vollmacht des zur Herbeiführung der Löschung verurtheilten Beklagten gehandelt werden müsste. Den Löschungsantrag stellt der Grundeigenthümer in eigenem Namen,[1]) und hat nach Bezahlung der Post ein eigenes Recht, den Hypothekgläubiger auf Löschungsbewilligung zu verklagen.[2]) Die Ermächtigung aus § 773 bewirkt in beiden Beziehungen nur die Verpflichtung des Verurtheilten, die zu zahlende Schuldsumme, die Löschungs- und nöthigenfalls die Prozesskosten (soweit sie nicht vom Hypothekgläubiger zu erlangen sind), dem Kläger vorauszuzahlen oder zu erstatten.

Das Reichsgericht hat in der angezogenen Entscheidung[3]) die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. verweigert, weil es den Einwand der Beklagten für erheblich hielt, das Dokument über die eingetragene Post, um deren Löschung es sich handelte, sei verloren. Der Gerichtshof nahm an, es könne vielleicht zugegeben werden, dass durch die Ermächtigung die Kläger legitimirt würden, das Aufgebot des angeblich verlorenen Hypothekenbriefes zu betreiben; nach § 840 C.-Pr.-O. gehöre aber zur Begründung des Aufgebotsantrages das Erbieten zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Angaben des Antragstellers und nach § 25 A.-G. z. C.-Pr.-O. auf Erfordern des Richters die Leistung des Eides. Weder das eine noch das andere könne durch einen Bevollmächtigten geschehen, es könne also auch dazu richterliche Ermächtigung für einen Dritten nicht ertheilt werden. U. E. liegen diese Fragen so: wenn das Aufgebot von dem Beklagten als Partei im Aufgebotsverfahren zu betreiben ist, so kann eine Ermächtigung zur Stellung des Aufgebotsantrages und zur weiteren Betreibung des Aufgebotsverfahrens in Vertretung des Beklagten für einen Dritten deswegen nicht ertheilt werden, weil die Ermächtigung die Vollmacht überhaupt nicht ersetzt; auf das Erbieten zum Eide und die Eidesleistung kommt es dann nicht weiter an, wenngleich entgegen der Ansicht des Reichsgerichts doch die Anbietung des

[1]) Grundb.-O. § 92.

[2]) Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 63, Grundb.-O. § 94 No. 2.

[3]) Ob. S. 137 [1].

Eides der Partei durch einen Bevollmächtigten erfolgen könnte. Aber das Aufgebot eines Hypothekenbriefes zum Zwecke der Löschung der Hypothek kann der eingetragene Eigenthümer in eigenem Namen aus eigenem Rechte betreiben,[1]) die Ermächtigung, dieses auf Kosten des zur Herbeiführung der Löschung Verurtheilten zu thun, kann auch hier wieder nur die Bedeutung haben, dem Beklagten die Kosten dafür aufzubürden. Aus dem Urtheil des Reichsgerichts ist keine Thatsache ersichtlich, wegen deren diese Annahme für den dort entschiedenen Fall unzutreffend wäre.

Ein anderer Fall, in welchem man mit Recht den § 773 C.-Pr.-O. für anwendbar erachtet hat, ohne dass dies auf die Ermächtigung des Klägers führte, im Namen des Beklagten durch einen Dritten handeln zu lassen oder zu handeln, ist der folgende, vom Oberlandesgericht zu Dresden [2]) entschiedene. Die Beklagten waren rechtskräftig verurtheilt, der Klägerin für deren Hausgrundstück eine Fahrwegsgerechtigkeit an dem Grundstück eines Dritten zu verschaffen. Im Gegensatz zu dem Landgericht hielten das Oberlandesgericht Dresden sowie das Reichsgericht es für zulässig, die Klägerin zu ermächtigen, sich selbst — in Uebernahme der Rolle des Dritten — die Wegegerechtigkeit von dem Eigenthümer des Grundstücks bestellen zu lassen und den Beklagten die Vorauszahlung der Kosten in angemessenem Betrage aufzuerlegen. Gewiss mit Recht; aber es handelt sich hier auch gar nicht darum, dass die Klägerin als Vertreterin der Beklagten dem Grundeigenthümer gegenüber auftreten sollte [3]), sondern nur darum, dass sie durch Vertrag in eigenem Namen das Ergebniss herbeiführen wollte, welches die Verurtheilten hätten herbeiführen sollen. Der Fall ist insoweit von jedem andern,

[1]) Vgl. Grundb.-O. §§ 104. 110, Turnau, Grundb.-O. § 110 Anm. 3 S. 569. Dernburg u. Hinrichs, preuss. Hypothekenrecht Abth. 2 S. 330. Der von dem Inhaber der Post nach Grundb.-O. § 110 Abs. 2 zu leistende Eid erfolgt nach A.-G. z. C.-Pr.-O. § 25 nicht mehr, sondern nur noch der in § 829 Abs. 2 C.-Pr.-O. vorgesehene Eid des Antragstellers, dieser auf Anordnung des Gerichts.

[2]) Beschl. v. 30. I. 84, bestätigt durch Beschl. des Reichsgerichts, Dresdener Annalen B. 5 S. 357.

[3]) Dies nimmt irrig an Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 301, indem er den Beschluss des O.-L.-G. Dresden als im Gegensatz befindlich zu der oben S. 135 [1] angeführten Entscheidung des Kammergerichts ansieht.

in welchem der Gläubiger etwa ermächtigt ist, sich eine Reparatur, zu der der Beklagte verurtheilt ist, durch Vertrag mit einem Dritten zu verschaffen, gar nicht wesentlich verschieden; das Besondere liegt nur darin, dass hier nur eine Person, nämlich der Eigenthümer des dienstbar zu machenden Grundstücks, als Mitkontrahent von der Klägerin ins Auge gefasst werden, und dass an dessen Ablehnung das Ganze scheitern oder seine übertriebene Preisforderung die Beklagten gefährden konnte. Mit Recht aber wurde angenommen, dass das richterliche Ermessen über die Höhe der von den Beklagten beizutreibenden Kosten entscheide. War die Servitut nicht, oder nicht für solchen Preis zu haben, so konnte die Klägerin ihr Interesse fordern [1]) und hierauf die vorgeschossenen Kosten, die sie an und für sich zurückgeben müsste, quoad quantitates concurrentes, aufrechnen.

Auch die Verurtheilung zur Bestellung einer Realsicherheit [2]) ist nach Massgabe des § 773 C.-Pr.-O. vollstreckbar, wenn die Sicherheit nicht nothwendiger Weise mit einem Vermögensstück des Beklagten bestellt werden muss, also, wenn die Sicherheit durch Stellung von Bürgen oder durch beliebige (wenn nur ausreichende) reguläre oder irreguläre Pfänder, insbesondere durch Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren erfolgen soll [3]). Freilich muss hier, soviel die Hinterlegung angeht, zunächst zu einem Beschlusse des Oberlandesgerichts Hamm [4]) Stellung genommen werden. In dem diesem Beschluss zu Grunde liegenden Falle waren die Beklagten verurtheilt, eine Geldsumme dergestalt zu Gunsten des Klägers zu hinterlegen, dass letzterer nach dem Tode eines Niessbrauchers zu ihrer Erhebung berechtigt sei. Der Kläger hatte die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. beantragt. Das Oberlandesgericht nahm jedoch mit der Vorinstanz an, dass die dem Beklagten auferlegte Leistung eine gemäss §§ 708 ff.

---

[1]) Weil ein Urtheil auf Verschaffung eines Rechtes vorlag, und die Unmöglichkeit, dasselbe zu gewähren, in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht mehr eingewendet werden kann, es wäre denn die Unmöglichkeit erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten. Vgl. ob. S. 65 ff.

[2]) Die blosse Verbalkaution fällt unter § 779 C.-Pr.-O. (vgl. ob. S. 79 f.).

[3]) So für die Sicherheitsleistung gemäss A. L.-R. I, 14 § 186: Reichsgericht VI. Sen., Urth. v. 3. XI. 87, Entsch. B. 19 S. 207, für diejenige gemäss § 101 C.-Pr.-O.: Fitting Reichscivilprozess § 108[15] S. 770.

[4]) V. 29. III. 86, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 13 S. 419.

C.-Pr.-O. zu erzwingende Geldzahlung sei. Dass in diesem Falle der Gerichtsvollzieher nach dem Urtheil die Verpflichtung habe, die beigetriebene Summe nicht an den Kläger, sondern zur Hinterlegungsstelle zu zahlen, ändere daran ebensowenig etwas, wie wenn die Verurtheilung auf Zahlung an einen Dritten lautete. Dagegen erklärte der dritte Senat des Reichsgerichts [1]) in Bezug auf die Verpflichtung, Werthpapiere zum Zwecke einer Kaution zu deponiren, den § 770 C.-Pr.-O. für unanwendbar, weil derselbe nur von Leistung an den Gläubiger zu verstehen sei. Konsequent wird dieser Gerichtshof also auch die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nur von der Geldzahlung an den Gläubiger verstehen. Dies ist auch richtig. Bei der Zwangsvollstreckung wegen Leistung einer Quantität von vertretbaren Sachen oder Werthpapieren kommt nach § 770 C.-Pr.-O. der § 769 zur entsprechenden Anwendung, und dieser kennt nur Wegnahme und Uebergabe an den Gläubiger; ebenso spricht § 716 C.-Pr.-O. nur von Ablieferung gepfändeten Geldes an den Gläubiger. Beides beweist, dass die genannten Vorschriften nur Forderungen auf Zahlung (Leistung) an den Gläubiger im Auge haben; es hätte sonst vorgesehen werden müssen, dass der Gerichtsvollzieher das Geld oder die sonstigen Sachen gegebenen Falls nicht an den Gläubiger abliefern, sondern ihrem anderweitigen Zwecke zuführen müsse [2]). Auch § 766 C.-Pr.-O. gedenkt im Vertheilungsverfahren nur der Auszahlung an die Gläubiger. In doppeltem Sinne unterstützend sind die Vorschriften über die Pfändung von Geldforderungen. Nach § 730 C.-Pr.-O. hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, „an den Schuldner zu zahlen“; dem Schuldner gebietet es, „sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten“. Nach § 736 C.-Pr.-O. ist die gepfändete Geldforderung „dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe zu überweisen“. Daraus geht einmal aufs neue hervor, dass die C.-Pr.-O. bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen an nichts anderes denkt, als dem Gläubiger das Geld zu verschaffen;

[1]) Beschl. v. 12. VII. 81, Blätter f. Rechtsanwend. zun. in Bayern 4. Ergänz.-B. S. 77.

[2]) Vgl. Krafft, Blätter f. Rechtsanwend. zun. in Bayern 8. Ergänz.-B. S. 215.

ferner aber, dass sie auch bei der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen mit diesem Ausdruck nur solche bezeichnet, inhalts deren der (Dritt-)Schuldner an seinen Gläubiger (den Vollstreckungsschuldner) zu zahlen hat. Dies harmonirt auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch und ist sachlich begründet; die Forderung auf Sicherstellung durch Hinterlegung einer Geldsumme oder auf Zahlung einer solchen an einen Dritten ist auch materiellrechtlich etwas anderes als die Forderung auf dare pecuniam scl. creditori. Man kann dies am Konkursrechte kontrolliren. Das Konkursrecht kennt nur Vertheilungen an die Konkursgläubiger (§§ 137 ff. K.-O.). Wer eine Forderung auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages an einen Dritten hat, kann im Konkurse nur Zahlung einer bestimmten Geldsumme an sich selbst geltend machen. Also ist im Sinne des § 62 K.-O. diese Forderung eine solche, welche für die Geltendmachung im Konkurse erst in ihren Schätzungswerth umzusetzen ist, d. h. in den Betrag, welchen es dem Gläubiger werth ist, dass die Summe dem Dritten gezahlt wird, ein Betrag, der mit dieser Summe nicht nothwendig identisch ist.

Wenn danach die Verpflichtung zur Hinterlegung von Geld oder andern Sachen im Sinne der C.-Pr.-O. nicht Verpflichtung zur Geldzahlung oder zur Herausgabe von Sachen ist, so ist die Hinterlegung eine Handlung, und zwar eine vertretbare, da jeder Dritte ohne Zustimmung des Schuldners rechtlich in der Lage ist, sein Geld oder seine Werthpapiere zur Sicherheit für des Schuldners Obliegenheiten zu hinterlegen. Ebenso kann jeder Dritte auf sonstige Art ein Pfand für den Schuldner bestellen oder sich für ihn verbürgen; es unterliegt also die Anwendbarkeit des § 773 C.-Pr.-O. in allen diesen Fällen keinem Bedenken.[1])

[1]) Auf die Schwierigkeiten der Durchführung einzugehen, welche Krafft a. a. O. S. 216 f. hier erblickt, würde uns von unserer Hauptfrage zu weit abführen. Richtig ist, dass es in juristische Unmöglichkeiten verwickeln würde, wenn der Gläubiger den Dritten in solchen Fällen selbst darstellen wollte; aber dann muss er dies unterlassen und einen echten Dritten suchen. Die Schwierigkeiten in Ansehung des Kostenpunktes, auf welche Krafft aufmerksam macht, haben einen tieferen Grund, nämlich den, dass der Gläubiger hier wie sonst als alleiniger Mitkontrahent des Dritten auftreten muss, also selbst dem von ihm zu gewinnenden Dritten gegenüber aus seinem Auftrage regresspflichtig ist. U. E. löste ich dies Bedenken so: Der Schuldner muss dem Gläubiger die Mittel ein-

Es ist nun aber möglich, dass die Sicherheit urtheilsmässig nothwendig mit einem Vermögensstück des Schuldners zu leisten ist. Soll dies geschehen durch Bewilligung einer Hypothek, oder durch Uebergabe der Sache zu Faustpfand, so ergeben sich gar keine Schwierigkeiten. Im ersteren Falle hilft § 779, im letzteren die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen. Soll aber die Sache zur Sicherheit des Klägers hinterlegt werden, und sind also diese Vorschriften nicht anwendbar, so ist der Schuldner zu einer Handlung verurtheilt, und zwar zu einer solchen, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, die aber, vorausgesetzt, dass der Schuldner die Sache hat, ausschliesslich von seinem Willen abhängt, und die sich also zur Zwangsvollstreckung aus § 774 C.-Pr.-O. qualificirt.

Der Ermächtigung des Gläubigers, die Hinterlegung durch einen Dritten im Namen des Schuldners vornehmen zu lassen, würde alles bereits Ausgeführte entgegenstehen. Der Fall führt aber noch auf eine andere Frage, die nämlich, ob es nicht möglich ist, dass der Dritte auf Ermächtigung des Gerichts zwar im eigenen Namen handle, aber doch über Rechte des Schuldners dabei gültig disponire, eine Frage, die von der nach der Zulässigkeit des Handelns im Namen des Beklagten auf Ermächtigung des Gerichts augenscheinlich verschieden ist. Ich kann z. B. eine fremde Sache nicht nur im Namen des Eigenthümers verpfänden, sondern bekanntlich auch in eigenem Namen mit seinem Konsens. Allein auch dieser Konsens wird durch die Ermächtigung des Gerichts nicht ersetzt, weil auch hier wieder der Beschluss, statt eine Handlung vorzufinden, welche durch einen Dritten vorgenommen werden kann, diese Möglichkeit erst schaffen müsste, wozu er nach § 773 C.-Pr.-O. nicht im Stande ist.

---

händigen, welche erforderlich sind, um den Dritten wegen seines Regressanspruches zu befriedigen; dies ist der Hauptheil der Kosten einer durch einen Dritten wirksam zu beschaffenden Sicherheit. In dem einfachen Falle, dass die Sicherheit durch Hinterlegung einer Geldsumme zu leisten ist, führt dies dahin, dass der Schuldner die zu hinterlegende Summe an den Gläubiger zu zahlen hat, damit dieser im Stande sei, sie dem Dritten zu erstatten. Das Ergebniss ist ähnlich, aber doch wesentlich anders, als dasjenige, zu welchem das O.-L.-G. Hamm kommt. Das Genauere kann hier nicht gegeben werden.

Waag[1]) nimmt an, dass der Loosnehmer gegen den Ausspieler auf Vornahme des Loosabsatzes klagen und die Ermächtigung des Gerichts erwirken könne, den Loosabsatz auf Kosten des Ausspielers vorzunehmen. Dieser Absatz braucht nicht nothwendig im Namen des Ausspielers vor sich zu gehen; der Dritte könnte die entsprechenden Verträge in eigenem Namen schliessen; aber er müsste doch in Stand gesetzt werden, den Abnehmern die Loose zu tradiren. Auch das nicht nothwendig im Namen des Ausspielers, aber doch in rechtsgültiger Disposition über dessen Eigenthum, und mit der Wirkung der Uebertragung der entsprechenden Forderungsrechte und selbstverständlich mit der Verpflichtung zur Abführung des Erlöses an den Ausspieler. Wir hätten also hier nicht nothwendig einen Zwangsbevollmächtigten, aber mindestens einen octroyirten Kommissionär oder etwas dem Aehnliches vor uns. Allein die Disposition über meine Rechte ist keine Handlung, welche an und für sich, d. h. vor dem Beschlusse nach § 773 C.-Pr.-O., von einem beliebigen Dritten vorgenommen werden kann, und darum kann hier so wenig wie bei der Stellvertretung von der Ermächtigung zur Vornahme der Handlung die Rede sein.

Auch der weiteren von Waag[2]) aufgestellten Ansicht, dass ein Loosnehmer auf Vornahme der Ausspielung klagen und sich ermächtigen lassen könne, im Zwangsvollstreckungswege diese durch einen Dritten vornehmen zu lassen, kann nicht beigetreten werden. Die Ausspielung, die Ziehung, ist nicht ein rein thatsächlicher Akt, sondern eine Rechtshandlung des Ausspielenden, die an seiner Statt ein Dritter nur mit seiner Zustimmung vornehmen kann. Ziehungen nach dem Spielplan lassen sich in beliebiger Wiederholung und vielleicht von mehreren in Konkurrenz mit einander mit ganz verschiedenen Ergebnissen veranstalten. Nicht eine Ziehung nach den und den Prinzipien, sondern diejenige, welche der Ausspieler veranstaltet, soll vertragsmässig über Gewinn und Verlust entscheiden. Gesetzt, es hätten mehrere Loosnehmer in selbstständigen Prozessen rechtskräftige Verurtheilungen des Ausspielers zur Vornahme der

[1]) Jahrbücher für Dogmatik B. 21 S. 406.

[2]) A. a. O. S. 407. Zustimmend Seuffert zu § 773 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 301.

Ausspielung erstritten, und jeder wäre ermächtigt, die Ausspielung auf Kosten des Ausspielers selbst vornehmen zu lassen. Wer hätte den Vorrang? Käme es darauf an, wer zuerst die Ausspielung thatsächlich bewirkt? Mit welchem Rechte? Und wie, wenn beide gleichzeitig eine planmässige Ziehung bewerkstelligten? Man sieht, auf diesem Wege kann die Sache nicht ausgetragen werden. Die Ermächtigung des Gerichts, die Ausspielung auf Kosten des Verurtheilten vornehmen zu lassen, kann entsprechend allem früher Bemerkten nicht ertheilt werden, weil die Handlung vor der Ermächtigung von Dritten nicht vorgenommen werden kann. Es ist vielmehr zur Zwangsvollstreckung durch Geldstrafen und Haft gemäss § 774 C.-Pr.-O. zu schreiten, damit der Verurtheilte die Ausspielung selbst vornehme.

Von dem hier abgelehnten Standpunkte aus läge es namentlich nahe, die Verurtheilung zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache mit dem Kläger für vollstreckbar nach § 773 C.-Pr.-O. zu halten, möchte nun das Urtheil dahin lauten, dass der Beklagte mit dem Kläger die Sache real zu theilen, oder dahin, dass er das Objekt gemeinschaftlich mit dem Kläger zum Verkauf zu bringen habe[1]). Es könnte ein Dritter die hierzu erforderliche Disposition über das Mitrecht des Beklagten vornehmen, indem der Konsens des Beklagten durch die Ermächtigung des Gerichts ersetzt würde; es könnte auf diesem Wege auch der Kläger selbst die reelle Abtheilung vornehmen oder allein für gemeinschaftliche Rechnung das Objekt verkaufen. Man sieht leicht, wie das praktisch bedenklich wäre; nach unserer Auffassung ist es nicht möglich. Es hat auch das Oberlandesgericht Jena[2]) in einem Falle, wo behufs Vornahme einer Realtheilung die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. beantragt war, den Antrag abgewiesen, „weil die auf eine ausgleichende Theilung des Grundes und Bodens sich beziehenden Fragen nur nach contradictorischer Verhandlung durch den Prozessrichter entschieden, nicht aber vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgetragen, am wenigsten aber von einem beliebigen Dritten festgestellt werden können.“ Ein Urtheil, welches sich auf die Anordnung einer Realtheilung beschränkte, sei, so sagt das Gericht, analog einem solchen, welches die Verbindlichkeit zu einer Leistung feststelle ohne Angabe der Quantität und Qualität.

Damit ist zugleich der richtige Weg angedeutet, welcher zu beschreiten ist. Der Richter hat auf erhobene Theilungsklage die Auseinandersetzung erschöpfend selber festzusetzen; dazu hat er die Adjudikations- und Kondemnationsbefugniss. Ist dies nicht geschehen, so bleibt nur Klage auf Grund des ersten Urtheils übrig, damit ein zweites dem Mangel des ersten abhelfe.

Einen merkwürdigen Fall der Verurtheilung zur Theilung, nämlich einer gemeinschaftlichen Schuld, behandelte das Reichsgericht[3]). Auf Klage eines Landarmenverbandes waren mehrere Geschwister eines Pfleglings einer Provinzialirrenanstalt nach A. L.-R. II, 3 § 20 verurtheilt, jährliche Pflegegelder zu zahlen und „diese gemeinschaftliche Schuld nach Verhältniss des Vermögens der Einzelnen unter sich zu theilen." Das Reichsgericht erklärte hier das Zwangsverfahren aus § 774 C.-Pr.-O. in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Stettin für unzulässig, weil die Theilung nicht vom Willen der einzelnen Beklagten ausschliesslich abhänge. Es fügte hinzu, dass in solchen Fällen dem Gläubiger nur übrig bleibe, die Interesseklage wegen Nichterfüllung des Judikats anzustellen, um so eine gegen die einzelnen Verpflichteten vollstreckbare Forderung zu erwerben. Dies ist unzweifelhaft richtig[4]), und wenn Seuffert[5]) unter Bezugnahme auf das angeführte Erkenntniss sagt, dass hier „nicht der § 774, sondern der § 773 anzuwenden" sei, so ist man versucht zu glauben, dass dort § 773 irrig für § 778 steht. Sollte wirklich behauptet werden, dass der Kläger sich in derartigen Fällen ermächtigen lassen könnte, die Theilung der Schuld unter die mehreren Beklagten auf deren Kosten durch einen Dritten (oder sich selbst!) vornehmen zu lassen, so wäre das unbedingt abzulehnen. Der beliebige

[1]) Einen Fall der Verurtheilung, Grundstücke gemeinschaftlich mit der Klägerin zum öffentlichen Verkaufe zu bringen, zeigt das Urth. des O.-L.-G. Braunschweig v. 13. III. 82, Seufferts Archiv B. 38 S. 420 ff. Dieser Fall hatte sich durch verkehrte Massnahmen bereits so verwickelt, dass es dem O.-L.-G. nicht gelungen ist, eine völlig klare Entscheidung desselben zu geben; insbesondere findet sich S. 422 eine bedenkliche Verweisung auf § 773 C.-Pr.-O.

[2]) Urth. v. 9. VIII. 82, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 7 S. 114, Thüringer Blätter B. 30 S. 103 ff.

[3]) Feriensen., Beschl. v. 10. VIII. 89, Entsch. B. 24 S. 378 ff.

[4]) Dafür auch Förster-Eccius preuss. Privatr. B. 4 § 239[41] S. 240.

[5]) Zu § 774 Anm. 1 a. E.

Dritte oder gar der Kläger hätte hier die seltsamste Stellung eines arbiter zwischen den mehreren Beklagten; es ist Sache des Gerichts, zu entscheiden, wie viel jeder einzelne zu der Alimentation beizutragen hat, und hat sich das erste Urtheil darauf verlassen, dass die Beklagten die Theilung durch Vertrag festsetzen werden, so muss, wenn dies fehlschlägt, ein zweites Urtheil eingreifen.

Das Ergebniss ist: Die Verurtheilung zu Rechtshandlungen ist gemäss § 773 C.-Pr.-O. nur dann vollstreckbar, wenn die Rechtshandlung eines Dritten als dessen Handlung ohne Vollmacht oder Zustimmung des Schuldners geeignet ist, dem Gläubiger zu verschaffen, was ihm gebührt; wenn die Handlung von einem Dritten nur mit Vollmacht oder Konsens des Schuldners vorgenommen werden könnte, so ist § 773 nicht anwendbar, und nur — wofern die Handlung ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt — das Verfahren gemäss § 774 C.-Pr.-O. zulässig; das erste wie das zweite unbeschadet der Interesseklage.

DAS

PROJEKT EINES REICHS-CONCORDATS

UND DIE

WIENER KONFERENZEN VON 1804.

VON

ADOLPH FRANTZ.

Das Reichsgutachten v. 24. März 1803 bezeichnete den Reichsdeputations-Hauptschluss als das einzige Mittel, den für das Wohl des gesammten deutschen Vaterlandes und die Erhaltung des Reichsverbandes selbst so nothwendigen Ruhestand zu befestigen und eine gute Ordnung der Dinge im Reiche wieder herzustellen. In Wahrheit wurde bekanntlich durch ihn der letzte Akt des Trauerspiels eröffnet, welches die endliche Auflösung des längst in der Zersetzung begriffenen heiligen römischen Reiches deutscher Nation zum Gegenstande hatte. Zugleich aber wurde in Folge der einschneidenden Säkularisationen die bisherige Verfassung der katholischen Kirche in Deutschland, so lose sie auch längst schon zusammengehangen hatte, vollends aufgelöst. Allerdings bestimmte der Reichsdeputations-Hauptschluss in § 62: „Die erz- und bischöflichen Diözesen aber verbleiben in ihrem bisherigen Zustande, bis eine andere Diözesan-Einrichtung auf reichsgesetzliche Art getroffen sein wird, wovon dann auch die Einrichtung der künftigen Domkapitel abhängt." Indessen wie sich diese Massregel selbst nur als eine provisorische darstellte, so war sie überdies bei der totalen Verwirrung aller kirchlichen Verhältnisse nur schwer oder gar nicht durchzuführen und vermochte daher an der Zertrümmerung der kirchlichen Verfassung nichts zu ändern.

Unter diesen Umständen war es begreiflich, wenn mit dem Reichsdeputations-Hauptschluss das schon längst gefühlte Bedürfniss nach einer neuen Ordnung der kirchlichen Beziehungen in geschärftem Maasse sich geltend machte, womit Hand in Hand das Bestreben ging, diese Neuordnung möglichst im Geiste der Emser Ver-

handlungen mit der Kurie zu vereinbaren und der deutschen Kirche eine grössere Unabhängigkeit von Rom zu sichern, als dieses bisher jemals geschehen konnte. Nur über den Weg, auf dem eine befriedigende Lösung der deutschen Kirchenfrage zu erzielen sei, waren die Meinungen sehr getheilt; insbesondere fand die vom Reichsdeputations-Hauptschluss in ziemlich unbestimmten Ausdrücken verheissene „Diözesan-Einrichtung auf reichsgesetzliche Art" nichts weniger als allgemeinen Beifall, wie wir noch sehen werden. Diejenigen aber, welche ihre Hoffnung auf das Reich setzten und von ihm die Regelung der kirchlichen Verhältnisse erwarteten, sei es im Wege einer Vereinbarung mit der Kurie, sei es auf Grund einseitigen Vorgehens, übersahen ganz, dass das Reich selbst in den letzten Zügen lag und also eine reichsgesetzliche Ordnung, wenn sie wirklich zu Stande kam, sehr bald wieder gegenstandslos werden würde.

Es sollen im Folgenden die auf Regelung der deutschen Kirchenverhältnisse durch ein Reichsconcordat gerichteten, zwischen der Kurie und dem Wiener Hofe geführten Verhandlungen einer Erörterung unterzogen werden und wenn dieselben auch unter den obwaltenden Umständen von vornherein so gut wie keine Aussicht auf Erfolg boten, so sind sie doch in mehr als einer Beziehung nicht ohne Interesse, namentlich auch insofern, als sie ein Licht werfen auf die verschiedene Auffassung des Verhältnisses der Kirche zum Staate.

I.

Stellung der Kurie zum Reichsdeputations-Hauptschluss.

Obwohl man zu Rom die demnächst zu erwartenden Säkularisationen längst hatte voraussehen können und müssen, so bemächtigte sich doch des Papstes und seiner leitenden Organe eine gewaltige Unruhe und Bestürzung, als die Verhandlungen hierüber zu Regensburg begonnen wurden, und die Aufregung wuchs, als man beim weitern Fortgang der Verhandlungen, über welche man sich sehr gut auf dem Laufenden zu erhalten wusste, sah, welche gewaltigen, ungeahnten Dimensionen die Säkularisationen anzunehmen im Begriff standen. Als sich dann später die Verhandlungen ihrem Ende näherten,

kannte die Verwirrung und Niedergeschlagenheit am römischen Hofe keine Grenzen mehr. Hielt man doch die jetzt geschaffenen Veränderungen für weit gefährlicher, als die Reformation und der Westfälische Friede es jemals für das Ansehen der Kurie in Deutschland hatten sein können; ja, in der ersten Aufregung glaubte man alles Ernstes Deutschland verloren für den römischen Stuhl.[1] In dieser Meinung wurde man noch bestärkt durch beunruhigende Nachrichten des Inhalts, dass einzelne protestantische Fürsten schon vor erfolgter kaiserlicher Bestätigung des Reichsdeputations-Hauptschlusses begonnen hätten, in den ihnen zugefallenen, bisher geistlichen Gebieten nachtheilige Veränderungen vorzunehmen und kirchliche Einrichtungen zu unterdrücken.

Nachdem sich die stürmischen Wogen der ersten Erregung etwas gelegt hatten, dachte die Kurie alsbald daran, gegen den noch nicht einmal offiziell publizirten Reichsdeputations-Hauptschluss, dem sie selbstverständlich von vornherein jede Anerkennung verweigerte, einen energischen Widerstand ins Werk zu setzen.[2] Nur über die Mittel, mit welchen dieser Widerstand durchzuführen sei, war man in Verlegenheit. Die verschiedensten Vorschläge wurden gemacht und alle wieder verworfen. Namentlich tauchte bereits zu Anfang Januar 1803 der Gedanke auf, die Vermittelung des französischen Konsuls in Anspruch zu nehmen,[3] der jedoch damals um so weniger Anklang fand, als von anderer Seite darauf hingewiesen wurde, dass Frankreich gerade die Schuld an der beklagenswerthen Umwälzung beizumessen sei. Schliesslich erlangte die Besonnenheit soweit wieder die Oberhand, dass man von übereilten Massregeln Abstand nahm und abgesehen von dem sogleich anzuführenden Versuche beim Wiener Hofe, von dem man sich aber wohl von Anfang an wenig Erfolg versprach und dem daher ernstliche Bedeutung kaum beizumessen sein dürfte, sich entschloss, den einmal nicht zu ändernden Thatsachen

[1]) Siehe meine Nachweisungen in Deutsche Zeitschr. f. Kirchenrecht, I, S. 24.

[2]) So berichtet Humboldt schon unterm 29. Januar 1803 nach Berlin: „On se prépare à une vive resistance", bemerkt aber treffend dazu: „mais qui comme il est facile à prevoir sera entièrement vaine".

[3]) Siehe die Berichte Humboldt's nach Berlin vom 29. Januar und 5. Februar 1803.

gegenüber vorläufig eine abwartende Haltung einzunehmen. So konnte der Kardinal-Staatssekretär Consalvi dem preussischen Gesandten in Rom, Wilhelm von Humboldt, Mitte März 1803 erklären, dass, obwohl die Säkularisationen aller Welt zur Genüge bekannt wären, der Papst doch erst, ehe er seinerseits Schritte thue, eine offizielle Benachrichtigung abwarten müsse.[1])

Was nun den beim Wiener Hofe zu machenden Versuch anlangt, so hatte die Kurie, sobald ihr bekannt geworden war, dass das Entschädigungswerk sich dem Abschluss nähere, ein Breve an den Kaiser ausarbeiten lassen, welches gegen die Regensburger Verhandlungen gerichtet war, von Invektiven gegen die Theilnehmer an denselben strotzte, sie mit dem Anathem bedrohte und überhaupt an mittelalterlicher Anmassung nichts zu wünschen übrig liess. Obwohl die ursprüngliche Absicht war, dieses Breve sofort offiziell an seine Adresse zu senden, entschloss man sich doch nach reiflicher Ueberlegung, dasselbe zunächst dem Wiener Hofe zur Kenntnissnahme zu unterbreiten, jedenfalls in der Hoffnung, der Kaiser werde sich angesichts des drohenden Bannstrahles einschüchtern und zu Zugeständnissen bereit finden lassen. Diese Hoffnung war aber eine vollständig verfehlte. Der Minister Graf von Cobenzl, welchem der mit dieser heiklen Mission betraute Nuntius in Wien, Severoli, den Aufsatz des päpstlichen Breve gegen Mitte März 1803 vertraulich mittheilte, warnte denselben Namens der Regierung ebenso vertraulich, als auf das Entschiedenste vor der Absendung und Publikation eines derartigen Erlasses, indem er namentlich betonte, „dass bey obwaltender Unabänderlichkeit der Sache der einzige noch übrig bleibende Zweck der Päpstlichen Verwendung nur dahin gehen könne, dem katholischen Wesen in den sekularisirten Ländern den ferneren Bestand und Schutz in Ansehung der ungehinderten Ausübung, der Kirchen, der Hierarchie, des nöthigen Klerus und Klöster etc. zu beschaffen. Dieser Zweck könnte aber in hinlänglichem Masse nicht erreicht werden, wenn der Römische Stuhl sich nicht gutwillig zumalen in Ansehung der Sekularisation der geistlichen deutschen Fürstenthümer herbeyliese. Die Bewerkstellung derselben sei zwar allerdings in mehrerer Rücksicht zu bedauern; gleichwie aber dadurch im Grunde

[1]) So meldet Humboldt nach Berlin unterm 19. März 1803.

die katholische Geistlichkeit in Deutschland in den nämlichen Zustand tritt, in welchem sie in allen übrigen katholischen Staaten von Europa sich befindet, so wäre vielmehr als das grössere (obschon ebenfalls nicht abzuhelfende) Uebel anzusehen, dass so viele katholische deutsche Unterthanen nunmehr protestantische Herren bekommen und derohalben das Hauptaugenmerk darauf zu richten, damit durch gütliche Einverständnisse mit dem Reichskörper solche Vorkehrungen getroffen würden, welche die bedenklichen Folgen dieses Hauptübels möglichst abwenden und vermeiden mögen.“[1])

Diese Unterredung blieb nicht ohne Wirkung und wenn die Kurie sich auch vorläufig noch nicht definitiv zur Unterdrückung des Breve zu entschliessen vermochte, so konnte doch der Wiener Gesandte in Rom, Graf von Khevenhüller, bereits unterm 9. April berichten, dass der Kardinal-Staatssekretär geneigt sei, keinen Gebrauch von dem Breve zu machen. „Il n'a pu — so bemerkt Khevenhüller in seinem Bericht — ne point convenir, que tout menace, anathême et armes employées dans les anciens temps et nommément à l'occasion du Traité de Westphalie seroient à présent sans fruit et même préjudiciables; mais d'un autre côté il lui paroit difficile et presqu' impossible, que le Pape puisse ommettre de donner à connoître sa douleur et même sa désapprobation sur tout ce qui vient d'avoir lieu en Allemagne, ni ne cherche à empêcher que l'on ne puisse interprêter son total silence comme une tacite sanction et adhésion sur tout s'il concouroit, sans faire préalablement un Acte qui prévint une semblable interprétation, aux arrangemens que le bien de la Catholicité et la conservation de la Hiérarchie de l'Eglise Germanique exigent dans les circonstances actuelles.“ — Khevenhüller fügt noch hinzu, er habe Consalvi vorgestellt, der Papst habe, indem er das französische Concordat ratificirte, noch viel gewaltsamere Veränderungen des auf dem linken Rheinufer gelegenen Theiles des Reiches, welcher jetzt zu Frankreich gehöre, gutgeheissen und könne daher um so weniger die Genehmigung der Vorgänge in dem übrigen Deutschland verweigern.

---

[1]) Ist ausgesprochen in einer Weisung an Khevenhüller unterm 16. März 1803.

Schon wenige Tage nach jener Unterredung gab dann Consalvi die Erklärung ab, man werde zwar von der Publikation des Breve in seiner jetzigen Gestalt absehen, wohl aber ein neues, durch Hinweglassung des Anathems, der Verdammung und anderer Stellen modificirtes Breve ausfertigen, worin man sich wahrscheinlich auf die Phrase: „approbare non possumus" beschränken werde. [1]) Indessen mit diesem Zugeständniss war dem Wiener Hofe nicht gedient. Vielmehr hielt es dieser nunmehr für angebracht, eine schärfere Sprache zu führen, und demzufolge erhielt Khevenhüller unterm 7. Mai 1803 die Weisung, er solle Consalvi darauf aufmerksam machen, dass der Kaiser, wenn das Breve nicht ganz zurückgezogen würde, sich in die Nothwendigkeit versetzt sehen würde, dessen Annahme zu verweigern. Sodann wird in der Depesche v. 7. Mai in bemerkenswerther Weise gesagt: . . . . . „Et quel est le moment choisi pour cela? [nämlich für die Uebergabe des Breve] précisément celui, ou le Chef de l'Empire vient de donner sa sanction au Conclusum de la Diète, en sorte que cet acte du St. Siège auroit l'air de ne concerner que la détermination qui vient d'être prise par S. M. Notre auguste Maître a sans doute donné en toute occasion les preuves les plus éclatantes de son zèle pour la Réligion, et de sa vénération pour le St. Siège; il s'est opposé autant qu'il a pu à l'extension, qu'on a voulu donner à ce système de sécularisation, et n'a cédé à cet égard, que lorsque dans sa sagesse, il a cru ne pouvoir résister plus longtemps sans risquer de plus grands inconvénients, pour l'avantage de la Réligion elle-même; lié par un engagement sacré au nouvel ordre des choses, S. M. ne peut plus admettre ni bref, ni acte quelconque qui tendroit à l'infirmer la validité des dits engagements, et toute tentative à cet égard recontreroit de sa part une opposition d'autant plus nécessaire qu'en s'y prêtant, Elle agiroit d'une manière contraire aux devoirs qu'Elle a contractés comme Chef de l'Empire." — Am Schluss wird Khevenhüller noch angewiesen, er solle Consalvi diese Depesche lesen lassen und wenn derselbe es verlange, ihm auch Abschrift davon geben.

Eine derartige entschiedene Sprache verfehlte ihre Wirkung in Rom nicht, wo man allen Grund hatte, bei der gegenwärtigen Sach-

[1]) Depesche des Grafen von Khevenhüller v. 16. April 1803.

lage, wo man der Hülfe des Wiener Hofes dringend bedurfte, die Beziehungen zu demselben nicht noch gespannter werden zu lassen, als sie ohnedies schon waren. So kam es denn, dass Khevenhüller bereits am 11. Juni nach Wien berichten konnte, der Papst habe erklärt, um dem Kaiser einen neuen Beweis seines Zutrauens zu geben, solle von dem Breve nicht mehr die Rede sein.[1]) Selbstverständlich aber war die Kurie auch jetzt noch weit entfernt davon, den Reichsdeputations-Hauptschluss anzuerkennen; vielmehr suchte sie auch in der Folgezeit Alles zu vermeiden, woraus auch nur der Schein einer Anerkennung hätte gefolgert werden können.[2])

II.

Die ersten Schritte zum Reichsconcordat.

Die von der Kurie sehnlichst erwünschte Hülfe des Kaisers zur Neuordnung der kirchlichen Verhältnisse in Deutschland war dieser faktisch noch vor der definitiven Zurückziehung des Breve bereits angeboten worden. Dabei muss es, weil uns die Quellen hierüber im Stich lassen, unentschieden bleiben, ob dieses Anerbieten aus eigener Initiative erfolgte oder durch ein darauf gerichtetes Ansuchen des Papstes hervorgerufen wurde. Das Letztere ist anzunehmen, wenn wir einem unter den damals zu Rom weilenden Gesandten umlaufenden Gerüchte, welches auch Humboldt nach Berlin meldete[3]), Glauben schenken wollen. Danach hätte der Papst wiederholt an den Kaiser geschrieben „pour le prier de vouloir veiller aux intérêts de la Réligion catholique“, ohne doch vorläufig eine befriedigende

---

[1]) Wenn dagegen Consalvi in seiner Protestatio v. 14. Juni 1815 sagt, dass die früheren Veränderungen erfolgt seien „improbante (ut publicis documentis patet) SSmo Domino Nostro“ (Klüber, Acten des Wiener Congresses, VI, S. 443), so ist dieses zum Mindesten ungenau. Unrichtig aber ist es, wenn die Oratoren für die katholische Kirche Deutschlands auf dem Wiener Congress behaupteten, dass der Papst gegen die Säkularisationen gleich Anfangs feierlich protestirt habe (Klüber, a. a. O., IV, S. 294). — Siehe auch Mejer, zur Geschichte der römisch-deutschen Frage, I, S. 152.

[2]) Ein Beispiel hierfür habe ich in Deutsche Zeitschr. f. K.-R., I, S. 25 angeführt.

[3]) Bericht v. 26. März 1803.

Antwort zu erhalten. Höchst wahrscheinlich aber hatte auch der Nuntius in Wien den Auftrag, mündlich die kaiserliche Hülfe zu erbitten, obwohl dieses in dem bereits angeführten und sogleich noch näher zu erörternden Bericht v. 16. März 1803 über die Unterredung mit dem Nuntius keineswegs ausdrücklich erwähnt wird.

Bereits gelegentlich dieser Unterredung zwischen Cobenzl und Severoli war letzterem die Versicherung ertheilt worden, „dass Seine Majestät der Kaiser durch Ihren Einfluss auf dem Reichstag für die zweckmässige Zustandebringung des vorerwähnten Einverständnisses mit Eifer beywirken würden". Es waren darüber mit dem Nuntius und auch mit Dalberg Erörterungen gepflogen worden und beide, der Nuntius sowohl wie Dalberg, hatten die Ansicht geäussert, „es würde die schicklichste Einleitung zu dem abgezielten Einverständniss durch die Abschickung eines eigenen Legaten oder Nuntius auf den Reichstag getroffen werden können". Mit einer derartigen Uebertragung der Sache nach Regensburg und Verhandlung derselben vor dem Reichstag war der Wiener Hof um so eher einverstanden, als es dem Kaiser daran liegen musste, in der Zeit seines sinkenden Ansehens auf jegliche Weise seine Superiorität den einzelnen deutschen Fürsten gegenüber neu zu befestigen. Dazu aber bot ihm die vorgeschlagene Verhandlung in Regensburg in mehr als einer Hinsicht die willkommenste Veranlassung. Daher die bereitwillige Zustimmung zu der Sendung eines Nuntius nach Regensburg. Es wird dementsprechend in der Depesche v. 16. März 1803 weiter gesagt: „Auch Seine Majestät pflichten dieser Meinung bey, jedoch in der Voraussetzung, dass bey der Auswahl und Instruirung des Abzusendenden von dem Grundsatz ausgegangen werde, dass der Zweck mit wahrer Frucht nur durch conciliante, den Umständen angemessene Gesinnungen zu erreichen sey." Zugleich wurde Khevenhüller beauftragt, diese Auseinandersetzung mit dem Nuntius bei schicklicher Veranlassung dem Kardinal-Staatssekretär zu eröffnen.

Uebrigens scheint es, als ob die anfängliche Absicht in Wien nicht sowohl ging auf den Abschluss eines allgemeinen, die gesammten Beziehungen der deutschen Kirche umfassenden Concordates, welches vielleicht Zugeständnisse erheischt hätte, die zu machen man nicht geneigt war, als vielmehr lediglich auf eine neue Diöcesaneintheilung,

sowohl im deutschen Reiche, als auch, was hier weniger in Betracht kommt, in den österreichischen Erblanden, mochte diese nun in Form eines Concordates oder blos einer Circumscriptionsbulle erfolgen. Dass nur diese Absicht bestand, ergiebt sich weniger aus dem Wortlaute des mitgetheilten Berichts über die Unterredung mit Severoli, als vielmehr aus der diesem Berichte beigefügten „Rubrica", wo es heisst: .... „Auch in dem päbstlichen Hofe bey Vorstellung der Nothwendigkeit einer neuen Eintheilung der Bischöflichen Diöcesen im Reich, die hierortige Geneigtheit vorläufig zu insinuiren." ... Noch klarer aber geht es hervor aus einer spätern, an Khevenhüller gerichteten Weisung vom 1. Juni 1803. Da es zu weit führen würde, den Inhalt dieser Weisung in extenso wiederzugeben, begnüge ich mich, die entsprechende Stelle der „Rubrica" anzuführen. Dort ist gesagt: „Soll dem Papst die Gesinnung des Kaisers durch den Kardinal-Staatssekretär zu erkennen geben, bei den gegenwärtigen Veränderungen in Deutschland und Graubünden neue Diöcesan-Eintheilungen zu machen und ihn zur Mitwirkung einladen."

In Rom hatte man zwar keineswegs Veranlassung, auf die Wiener Regierung sonderlich gut gestimmt zu sein. Nicht nur, dass man den Groll über die immer noch nachwirkenden Josephinischen Gesetze noch nicht ganz verwunden hatte, so waren auch aus Anlass derselben gerade in der Zeit des Reichsdeputations-Hauptschlusses so mancherlei Streitpunkte aufgetaucht, welche nicht geeignet waren, beide Höfe einander näher zu bringen; dahin gehörte z. B. die Differenz über die Befugniss des Wiener Nuntius zur Ausübung von Jurisdictionsakten [1]). Immerhin wurde die Wiener Bereitwilligkeit als etwas höchst Erwünschtes freudig begrüsst, und wenn die Kurie gleichwohl noch etwas zögerte, ihre Acceptation zu erkennen zu geben, so geschah

[1]) Vergl. über diesen und andere Punkte die allerdings etwas gefärbte Darstellung von Consalvi bei Crétineau-Joly, Mémoires du Cardinal Consalvi, Paris, 1864, Tome II, p. 285 ff. und nach ihm Mejer, a. a. O., S. 206 f. — Charakteristisch für die in Wien herrschende Auffassung ist die in der Weisung v. 1. Juni 1803 sich findende Bemerkung: „Les changemens, qu'ont éprouvé en dernier lieu les Evêchés, situés tant en Empire que dans les Grisons, mettent notre auguste Maître dans le cas de ne plus pouvoir admettre dans ses Etats héréditaires leur influence et jurisdiction hiérarchique, à quelque titre qu'elle ait existé jusqu'ici".

dieses aus besondern, später zu erörternden Gründen [siehe S. 180]. Jedenfalls erklärte sich Consalvi bereits Mitte April bereit, einen Nuntius nach Regensburg zu senden, ausserdem aber auch die vorläufigen Einleitungen zur Erhaltung des Kultus in Deutschland mit Seiner Majestät und dem Kurfürst Erzkanzler zu concertiren [1]). Man trug sich also angesichts der günstigen Nachrichten aus Wien zu Rom alsbald mit weitergehenden Hoffnungen und glaubte nicht bloss eine Neuordnung der Diöcesen, sondern überhaupt eine umfassende Regelung der kirchlichen Verhältnisse Deutschlands, natürlich in einer für den römischen Stuhl möglichst vortheilhaften Weise und womöglich unter vollständiger Beseitigung der Nachwirkungen des Febronianismus und Josephinismus, erreichen zu können. Diesem Zwecke sollten die von der Kurie in Aussicht genommenen Verhandlungen in Wien dienen, welche römischerseits durch den Nuntius Severoli geführt werden sollten. Und selbst wenn die weitergehenden Hoffnungen sich nicht erfüllten, war es doch unter allen Umständen für die Kurie vortheilhafter, nicht erst abzuwarten, bis ihr ein in Wien ausgearbeiteter Entwurf werde vorgelegt werden, sondern an der Ausarbeitung dieses Entwurfes selbst thätigen Antheil zu nehmen. Und hinwiederum der Wiener Hof erkannte die Vortheile sehr wohl, welche sich aus einer vorgängigen Verständigung mit Rom und dem Kurfürsten Erzkanzler für ihn dem Reiche gegenüber ergeben mussten. Ueberdies eröffnete sich ihm bei einer Berathung in Wien die Aussicht, etwaigen zu weit gehenden Forderungen der Kurie mit grösserem Nachdruck begegnen zu können und überhaupt den Gang der Verhandlungen weit mehr zu beeinflussen, als dieses bei der Berathung in Regensburg möglich sein würde. So stimmte man dem römischen Vorschlage zu, wies aber zugleich — es ist dieses bemerkenswerth für das Vertrauen, welches man in die Kurie setzte — den Gesandten in Rom an, fortan eine möglichste Reserve in den Unterhaltungen mit dem Kardinal-Staatssekretär über diesen Gegenstand zu bewahren. „La matière — so heisst es in der Weisung v. 7. Mai 1803 — est si délicate et si épineuse, qu'il ne sauroit convenir d'anticiper à cet égard sur les explication directes que le St. Siège se propose d'entamer avec notres Cour, ainsi avec l'Electeur-Archi-Chancelier."

[1]) Khevenhüller's Bericht nach Wien v. 16. April 1803.

Für den Augenblick mochte die Kurie, eben weil ihre Interessen dadurch gefördert wurden, es wohl durchaus ernstlich meinen mit der mit dem Wiener Hofe herbeizuführenden Verständigung und Khevenhüller hatte ganz Recht, wenn er an Cobenzl schrieb: „que l'on est très décidé à agir ici entièrement d'accord à cet égard avec la Cour Impériale.“ Indessen legte sie doch, um in ihren spätern Entschliessungen nicht eingeschränkt zu sein und allerdings auch, um Beeinflussungen anderer Höfe zu vermeiden, von vornherein ein Hauptgewicht darauf, dass die Verhandlungen möglichst geheim betrieben würden. Desshalb äusserte Consalvi zu Khevenhüller das lebhafte Verlangen, „de vouloir éloigner de cette negociation préliminaire tout ce, qui peut y donner trop d'éclat ou d'importance et réveiller ainsi l'attention de la France, des Cours Germaniques, surtout de celles empressées toujours à contrarier les vues de l'Autriche.“[1]) Lediglich dem preussischen Gesandten wollte er einige Andeutungen machen[2]). Was freilich Frankreich betrifft, so änderte die Kurie sehr bald aus Klugheitsrücksichten ihre Politik und entschloss sich, wie Consalvi äusserte, den französischen Konsul von den zu Wien bevorstehenden Berathungen in Kenntniss zu setzen.[3])

Wenn endlich die Kurie aus naheliegenden Gründen nicht umhin konnte, Dalberg schon bei den Wiener Verhandlungen zuzuziehen, obwohl es ihr lieber gewesen wäre, sich zunächst mit dem Wiener Hofe allein zu verständigen, so war sie sich doch von vornherein darüber klar, dass Dalberg ihren Plänen gefährlich werden könnte, und desshalb suchte sie gleich von Anfang an in Wien Misstrauen gegen denselben zu erwecken, um so den Kaiser zu bestimmen, ihm gegenüber möglichst zurückhaltend zu sein und den Schwerpunkt in der Verständigung mit Rom zu suchen. So berichtet Khevenhüller unter'm 16. April 1803 im Anschluss an entsprechende Aeusserungen Consalvi's: „Le charactère équivoque de l'Electeur Dalberg, dont la conduite en diverses occasions n'a guères pu inspirer de la confiance, ses liaisons avec la France et la Prusse trop publiques pour que l'on puisse se flatter qu'il fasse un mystère avec ces gou-

[1]) Bericht v. 16. April 1803.
[2]) Näheres hierüber in Deutsche Zeitschr. f. K.-R., I, S. 32.
[3]) Khevenhüller's Bericht v. 23. April 1803.

vernemens de ce qui se traiteroit à Vienne avec le Pape, entre la Cour Imperiale et lui paroissent rendre nécessaires, qu'au moins on le prévienne dans une huitaine de jours du partie pris, de destiner un Nonce pour Ratisbonne d'apres les instances même qu'il avoit fait précédement à cet égard, sans cependant faire aucune mention de la commission particulière de Severoli." Leider ist aus dem mir zu Gebote stehenden Quellenmaterial nicht ersichtlich, was unter dieser „commission particulière de Severoli" zu verstehen ist. Da jedoch, wie wir gesehen haben, Dalberg an den Wiener Verhandlungen Theil nehmen sollte, so dürfte damit wohl lediglich die Anweisung an Severoli gemeint sein, sich bei diesen Verhandlungen vorzugsweise mit dem Wiener Hofe in's Einvernehmen zu setzen.

Ehe ich zur Darstellung der Wiener Verhandlungen selbst schreite, dürfte es angebracht sein, einmal das Verhältniss Dalbergs einer kurzen Betrachtung zu unterziehen und sodann die Stellung zu erörtern, welche die verschiedenen interessirten Staaten zu einem etwaigen Reichsconcordat nahmen.

III.

Stellung und Pläne Dalbergs.

Durch § 25 des Reichsdeputations-Hauptschlusses war der Stuhl zu Mainz, welches in Gemässheit des Luneviller Friedens durch die Bulle v. 29. November 1801 von der deutschen Kirche losgerissen und zum französischen Bisthum geworden war, auf die Domkirche zu Regensburg übertragen worden. Die Würden eines Kurfürsten, Reichs-Erzkanzlers, Metropolitan-Erzbischofs und Primas von Deutschland sollten damit auf ewige Zeiten vereinigt bleiben. Zugleich war daselbst bestimmt, dass die Metropolitangerichtsbarkeit des Trägers dieser Würden sich in Zukunft erstrecken sollte auf das gesammte nicht preussische und nicht österreichische Deutschland. Zum Träger aller dieser Würden, die sehr bedeutsam klangen, in Wahrheit aber bei der durch fremde Beeinflussung noch verstärkten Zerfahrenheit des

Reiches wenig besagten, war Carl Theodor von Dalberg[1]) ausersehen als Nachfolger des im Juli 1802 verstorbenen Kurfürsten und Erzbischofs Carl Friedrich von Mainz. Wie es Dalberg seiner Zeit nur durch preussische Verwendung gelungen war, die Bestätigung seiner Wahl zum Coadjutor und designirten Nachfolger des Mainzer Erzbischofs in Rom durchzusetzen, so war es ihm auch jetzt nur möglich gewesen, mit fremder Hilfe, vor allem durch die Unterstützung des französischen Konsuls, diese ihm günstigen Bestimmungen des Reichsdeputations-Hauptschlusses herbeizuführen. Hauptsächlich war es Oesterreich gewesen, welches seine Pläne in dieser Hinsicht zu durchkreuzen gewünscht hatte. Wenn Oesterreich gegen die wieder hervorgesuchte Würde eines Primas von Deutschland auch nichts einzuwenden hatte, so hatte es dieselbe doch einem Erzherzog übertragen wollen. Aber machtlos gegenüber dem erklärten Willen Bonaparte's blieb ihm nur die Hoffnung, für den Fall einer künftigen Erledigung einen Erzherzog an Dalbergs Stelle zu bringen.

Dalberg hatte gleich von Beginn seiner neuen Stellung an mit den grössten Schwierigkeiten zu kämpfen, um sich im Besitz derselben zu erhalten, und war, ganz abgesehen von den widrigen, ihn umgebenden Verhältnissen, vielleicht auch nicht ganz der Mann dazu, um dieselbe erfolgreich zu behaupten. Denn wenn er auch, worin alle seine Biographen übereinstimmen, mit den besten Anlagen von der Natur ausgestattet war und einen leicht empfänglichen Sinn für alles Erhabene und Schöne besass, so ermangelte er doch des im Verhältniss zu seinen weittragenden Plänen unbedingt erforderlichen Masses von Energie und war vor allen Dingen nicht im Stande, einen hohen Gedanken aus eigener Kraft und unbeirrt durch Nebenrücksichten persönlicher Natur zur Ausführung zu bringen, was ganz besonders bei Verfolgung seiner die deutsche Kirche betreffenden Pläne hervortrat. Jedenfalls war er auch nicht dazu befähigt, als Staatsmann, wie er so ausserordentlich gern wollte, eine hervorragende Rolle zu spielen, umsomehr als er durch seine langjährige Funktion als Statt-

[1]) Vergl. über Dalbergs Leben und Wirken insbesondere Beaulieu-Marconnay, Carl von Dalberg und seine Zeit, 2 Bde., Weimar 1879, sowie auch Perthes, Politische Zustände und Personen in Deutschland zur Zeit der französischen Herrschaft, Bd. I, S. 355 ff.

halter zu Erfurt, wo er wenig mehr als Verwaltungsbeamter war, auf seinen späteren staatsmännischen Beruf nur in höchst ungenügender Weise vorbereitet war und überdies dort im Verkehre mit den Weimaraner Dichterfürsten eine grössere Befriedigung gefunden hatte, als in der Leitung der Staatsgeschäfte. Gleichwohl gestattete ihm sein massloser Ehrgeiz nicht, sich mit einer geringeren Stellung zufrieden zu geben, wo sich ihm die Aussicht eröffnete, unter den Fürsten des Reiches eine immerhin angesehene und vielbegehrte Rolle zu spielen, und im Gefühle seiner Schwäche sah er sich nach fremder Hilfe um und wurde — es ist dieses der schwerste Vorwurf, den wir ihm machen müssen — zum getreuesten Satelliten Napoleons, wobei er seine Pflichten als Deutscher und vor Allem als deutscher Kurfürst naturgemäss den französischen Interessen unterordnete [1]). Diese Anlehnung an Frankreich aber brachte ihn in manche Konflikte und zwang ihn namentlich auch, im Verein mit der Verfolgung seiner ehrgeizigen Pläne, des Öftern sein sonst offenes [2]) Wesen zu verstellen und eine zuweilen zweideutige Politik zu verfolgen, so dass der Vorwurf eines „Charactère équivoque", der ihm besonders am Wiener Hofe gemacht wurde [3]), nicht ganz unbegründet war. Wenn Dalberg gleichwohl wenig offene Feinde hatte, so verdankte er dieses vorzugsweise seiner ausserordentlichen Liebenswürdigkeit [4]), mit der er Alle bestrickte, welche mit ihm in persönlichen Verkehr zu kommen Gelegenheit hatten und mit welcher er selbst etwaige Gegner zu entwaffnen verstand.

Was nun Dalbergs Pläne in Betreff der deutschen Kirche und sein Verhältniss zu Rom anlangt, so war derselbe ein begeisterter

[1]) Vergl. die scharfen Aeusserungen Hardenbergs bei Leopold von Ranke, Denkwürdigkeiten des Staatskanzlers Fürsten von Hardenberg, Bd. II, S. 36 u. 70, Bd. IV, S. 7.

[2]) Humboldt, der während seines Aufenthaltes in Erfurt 1791—1794 öfters mit Dalberg zusammengekommen war und ihn hochschätzen gelernt hatte, schreibt über ihn, wohl noch unter der Nachwirkung des damals gewonnenen Eindrucks: „Il n'est pas capable de dissimuler" (Bericht v. 17. Nov. 1804).

[3]) Khevenhüller z. B. gebraucht diesen Ausdruck wiederholt; so im oben angeführten Bericht v. 16. April 1803. Unterm 1. Dezember 1804 berichtet er: „Mais le caractére de l'Electeur Dalberg est trop équivoque et sujet à caution, pour qu'on puisse ne pas hésiter à se confier à ses expressions".

[4]) So schreibt z. B. der Wiener Gesandte in Paris unterm 3. Dezember 1804 aus Anlass seines Pariser Aufenthaltes über ihn: „L'Electeur qui traite tout le monde avec cette amabilité qui lui est naturelle". . . .

Anhänger der Emser Grundsätze und dadurch wird es vollkommen erklärlich, wenn er das, was damals zu Ems am Widerstreben der deutschen Bischöfe und an der Uneinigkeit der deutschen Erzbischöfe gescheitert war, nunmehr als einziger Fürstbischof und gewissermassen Erbe der vier alten Erzbischöfe durchzuführen versuchte. Es entspricht ganz seinem leicht erregbaren Charakter, wenn der Gedanke ihn freudig erregte und hoch begeisterte, eine deutsche, von römischen Einflüssen möglichst unabhängige Nationalkirche zu schaffen. Dass er dabei von ehrgeizigen Absichten getragen wurde und vielleicht hoffte, ein zweiter Luther zu werden; dass er den selbstsüchtigen Hintergedanken hatte, Primas von Deutschland nicht blos zu heissen, sondern auch zu sein, dass er als Stellvertreter des Papstes die deutsche Kirche regieren und ein uneingeschränktes Ansehen in kirchlicher und weltlicher Hinsicht geniessen wollte: das Alles ist bei seinem Charakter leicht begreiflich und ändert an sich an der Erhabenheit seines Planes wenig oder nichts. Verwerflich allein ist das Mittel, dessen er sich bediente, dass er durch Bonaparte's Einfluss auf das ohnehin unter französischer Willkür schmachtende Deutschland seinen Plan zur Ausführung bringen wollte. Indessen tritt doch dieses Sichanschmiegen an Napoleon weniger in der ersten Zeit der Concordatsverhandlungen, als vielmehr in den späteren Jahren, namentlich zur Zeit der Pariser Verhandlungen, besonders scharf hervor[1]).

Mit ziemlicher Bestimmtheit lässt sich behaupten, dass es von Anfang an in der Absicht Dalbergs lag, seine oben charakterisirten Pläne durch ein vom Reiche mit der Kurie abzuschliessendes Concordat der Verwirklichung entgegenzuführen. Leider fliessen die Quellen in Betreff der ersten Schritte, die er zu diesem Behufe that, so überaus spärlich, dass in dieser Hinsicht Manches unaufgeklärt

---

[1]) Beaulieu-Marconnay, a. a. O., I, S. 336 f. bestreitet in einer gegen Mejer, a. a. O., I., S. 204 ff. gerichteten Polemik, dass es schon zur Zeit des Reichsdeputations-Hauptschlusses in der Absicht und in den Wünschen Dalbergs gelegen habe, als Primas von Deutschland „Stellvertreter des Papstes" zu werden, in dem Sinne und mit der Ausschliesslichkeit und Selbstständigkeit, mit welcher bei Ausführung der Emser Intentionen die vier alten Erzbischöfe Häupter der deutschen Kirche gewesen sein würden. Indessen einen eigentlichen Gegenbeweis führt er nicht gegen die Mejer'schen Deduktionen und giebt auch selbst zu, dass es schwierig sei, einen solchen zu führen.

bleiben muss. Jedenfalls aber erschienen bereits seit Ende 1802, also zu einer Zeit, wo man zu Rom und Wien an Concordatsverhandlungen noch gar nicht dachte, in dem mit Dalberg in engster Verbindung stehenden Politischen Journal verschiedene Aufsätze und Notizen, die sich mit dem deutschen Concordat befassten und dasselbe als nahe bevorstehend bezeichneten [1]). Verstand er es doch auch, ein unterm 2. Oktober 1802 an ihn gerichtetes Breve [2]), in welchem der Papst seine grossen Besorgnisse in Betreff der bevorstehenden Säkularisationen ausspricht und ihn auffordert, aus allen Kräften darauf hinzuarbeiten, dass die Kirche bei ihren Rechten, Freiheit und Sicherheit erhalten werde, geradezu als einen auf ein Reichsconcordat bezüglichen Auftrag im Politischen Journal hinzustellen. In Wahrheit jedoch war Dalberg von der Geneigtheit der Kurie zu Concordatsverhandlungen in einem ihm günstigen Sinne nichts weniger als fest überzeugt, und wohl lediglich um die Stimmung derselben zu sondiren, hatte er bereits im Dezember 1802 ein Schreiben an den Papst gerichtet, in welchem er, ohne mit direkten Vorschlägen hervorzutreten, denselben bat, Vorkehrungen zu treffen zur Beseitigung der aus den Säkularisationen sich ergebenden Missstände. Dieses Schreiben hatte er dem Wiener Nuntius Severoli zur Beförderung übergeben. Der Nuntius, welcher dasselbe gelesen hatte, antwortete ausweichend mit allgemeinen Phrasen. Welchen Bescheid Dalberg vom Papste erhielt, ist leider nicht ersichtlich. Es steht aber zu vermuthen, dass derselbe nicht gerade aufmunternd und in einem seiner Absicht entsprechenden Sinne ausgefallen ist. Denn zu Rom traute man Dalberg keineswegs. Hatte man immer schon wegen seiner aufgeklärten Ansichten und wegen seiner Hinneigung zu den Freimaurern und Illuminaten [3]), die man ihm auf das Äusserste übel nahm, keine besonders gute Meinung von ihm gehabt, so war man, sobald die Kunde von der im Reichsdeputations-Hauptschluss für ihn in Aussicht genommenen Stellung nach Rom gelangt war, alsbald davon überzeugt, dass Dalberg nicht säumen werde, seine

[1]) Vergl. die Citate bei Mejer, a. a. O., I, S. 209 f.

[2]) Das Breve ist u. A. abgedruckt in der Allgemeinen Zeitung, Jahrgang 1803, No. 249, S. 996, im Auszug auch bei Mejer, a. a. O., I, S. 203.

[3]) Siehe Perthes, a. a. O., S. 357.

freisinnigen Ideen praktisch zu machen und zugleich — so gut war man über seinen Charakter unterrichtet — sich als Oberhaupt der von der Kurie möglichst loszureissenden deutschen Kirche hinzustellen. Daher die gereizte Stimmung gegen Dalberg und das Misstrauen, welches man an allen Orten und Enden gegen denselben bezeugte[1]). Die Kurie war zwar gezwungen, auf ihn Rücksicht zu nehmen bei dem beabsichtigten Arrangement der deutschen Kirchenangelegenheiten und konnte ihn unmöglich ganz ignoriren; im Übrigen aber vermied sie es, um nicht seinem Streben nach dem Primat Vorschub zu leisten, mit Dalberg besondere Abmachungen zu treffen oder sich ihm gegenüber überhaupt nur tiefer in die Details einzulassen (siehe auch S. 169). So ist es auch erklärlich, dass sie sich lediglich mit einer formellen Anzeige (im Mai 1803) an Dalberg von den mit dem Wiener Hofe getroffenen Vereinbarungen und der beabsichtigten Sendung des Nuntius nach Regensburg begnügte[2]). Wenn dem gegenüber behauptet worden ist, die Kurie habe bei Neuordnung der kirchlichen Verhältnisse in Deutschland ihr Hauptaugenmerk auf den Kurfürsten Erzkanzler gerichtet und in ihm den Retter und Erhalter der deutschen Kirche erblickt, so beruht eine solche Auffassung auf einem vollständigen Verkennen der Pläne und Absichten der Kurie. Und wenn vielleicht auch der Papst Pius VII. bei seinem schwachen und unentschlossenen Charakter in Dalberg den letzten Rettungsanker erblickt und sich ihm bedingungslos in die Arme geworfen

[1]) Wie oben (S. 169) bereits angeführt wurde, warnte Consalvi den Grafen Khevenhüller vor Dalberg und auch Humboldt gewann bald den Eindruck, als ob in den Beziehungen zwischen der Kurie und Dalberg nicht Alles in der gehörigen Ordnung sei. Insbesondere meldete er unterm 9. Juli 1803 nach Berlin, dass der Papst dem Kurfürsten Erzkanzler nicht ganz zu trauen scheine.

[2]) Vergl. auch v. Sicherer, Staat und Kirche in Bayern, S. 67, wo angeführt ist, dass Dalberg das betreffende Schreiben Consalvi's dem bayerischen Gesandten in Regensburg, Rechberg, gezeigt habe. — Dass übrigens der Kaiser sich mit der Absicht trug, die Regelung der deutschen Kirchenverfassungsfrage in die Hand zu nehmen, war Dalberg längst bekannt. War er doch vom Reichsministerium bereits unterm 8. Januar 1803 ersucht worden, Gutachten sämmtlicher Ordinariate über die durch die Säkularisationen nothwendigen Veränderungen der Kirchenverfassung einzuziehen und die Materialien zu neuen Diöcesan-Einrichtungen auf das Sorgfältigste zu bearbeiten. — Vergl. Beaulieu-Marconnay, a. a. O., I, S. 326 f.

haben würde, so lag doch die Leitung der Staatsgeschäfte in den Händen des Kardinal-Staatssekretärs Consalvi, zu welchem der Papst das unbedingteste Vertrauen hatte, und Consalvi war ganz der Mann dazu, um jeden der Kurie ungünstigen Plan von vornherein zu durchschauen und demselben mit energischen Mitteln zu begegnen.

IV.

Stellung der Fürsten zum Projekte des Reichsconcordats.

So sehr die Kurie auch bestrebt war, ein möglichstes Geheimniss über das mit Wien getroffene Einvernehmen zu wahren, so gelang dieses doch nur in sehr unvollkommener Weise und es konnte nicht ausbleiben, dass das Gerücht über den bevorstehenden Abschluss eines Reichsconcordats sehr bald unter den in Rom weilenden Vertretern der verschiedenen Staaten verbreitet war, die natürlich nicht säumten, ihre Auftraggeber schleunigst davon in Kenntniss zu setzen. Dazu kamen die im vorigen Abschnitte erwähnten Publikationen des Kurfürsten Erzkanzlers, und wenn man in den interessirten Staaten auch über die Einzelheiten des in Aussicht genommenen Planes nicht unterrichtet war, so wusste man doch, dass etwas im Werke war [1]) und musste daran denken, sich über die dazu einzunehmende Stellung klar zu werden. Nun war die Stimmung in Deutschland für eine vom Reiche mit der Kurie zu treffende Vereinbarung im Allgemeinen und von Ausnahmen abgesehen eine so ungünstige wie nur irgend möglich, und schon dieser Umstand, der der Kurie nicht verborgen blieb, hätte sie bereits in den Anfangsstadien des Unternehmens von der Aussichtslosigkeit desselben überzeugen sollen. Von den norddeutschen Staaten war es Preussen, welches sich durchaus ablehnend verhielt und durch Humboldt die entschiedene Erklärung abgab, es werde weder selbst ein Concordat mit dem Papste abschliessen, noch dulden, dass seine Staaten in eine etwa mit dem Reiche zu treffende Vereinbarung mit einbezogen würden. [2]) Die übrigen mittel- und nord-

[1]) Zudem musste man ohnedies auf die durch § 62 des Reichsdeputations-Hauptschlusses in Aussicht gestellte reichsgesetzliche Ordnung vorbereitet sein.

[2]) Des Nähern habe ich das Verhältniss Preussens in Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. I, S. 30 ff. erörtert.

deutschen Staaten standen ebenfalls fast durchweg dem Projekte durchaus unsympathisch gegenüber und wenn sie sich gleichwohl entschlossen, eine abwartende Haltung einzunehmen, so geschah dieses einmal desshalb, weil sie nicht, wie Preussen, in der Lage waren, ihrer Willensäusserung den gehörigen Nachdruck zu verleihen, und sodann weil sie mit Rücksicht auf die meist überwiegende evangelische Bevölkerung nur in geringem Grade interessirt waren. Was die am meisten betheiligten süddeutschen Staaten anlangt, so nahm Baden eine durchaus reservirte Haltung ein und verhielt sich zu dem bevorstehenden Reichsconcordat wie zu einem Ereigniss, dessen Eintreten man nicht abwenden konnte, aber auch nicht herbeiwünschte. Jedenfalls war man in Karlsruhe nicht geneigt, der Kurie irgend welche Zugeständnisse zu machen, und dachte nicht im Entferntesten daran, von den als praktisch erprobten Grundsätzen über das Verhältniss zu Rom im Geringsten abzugehen.[1]) Aehnlich wie Baden verhielt sich auch Hessen-Darmstadt, das durch den Reichsdeputations-Hauptschluss eine verhältnissmässig grosse Anzahl von Katholiken erhalten hatte. Auch hier konnte man nichts zur Abwendung des Reichsconcordats thun und betheiligte sich nicht weiter an den Verhandlungen darüber. Indessen scheint es doch, als ob man in der ersten Zeit nach den Säkularisationen ernstlich daran gedacht habe, ein eigenes Uebereinkommen mit der Kurie zu treffen,[2]) um von dieser vor Allem das Zugeständniss eines eigenen Landesbischofs zu erhalten. Jedenfalls aber liess man den Gedanken an ein Sonderconcordat sehr bald wieder fallen, nachdem man sich von der

---

[1]) Diese durchaus bemerkenswerthen Grundsätze, deren Anführung zu weitläufig sein würde, sind niedergelegt in einem Geheimerathsprotokoll vom 29. Juni 1803, welches dem Gesandten in Wien, Freiherrn von Gemmingen als Instruktion übersandt wurde.

[2]) Mit vollster Bestimmtheit vermag ich dieses nicht zu behaupten, da die von mir benutzten Darmstädter Ministerialakten nur sehr geringe Aufklärung über diesen Punkt geben. Was dagegen den Landesbischof betrifft, so finden sich verschiedene, zum Theil sehr kategorische Verfügungen des Landgrafen (z. B. v. 23. August 1803), in denen er seinen Willen ausspricht, einen eigenen Bischof zu haben. Ein darauf bezüglicher Rath war übrigens auch vom preussischen Minister Haugwitz ertheilt worden, wie der hessische Gesandte in Berlin, Lichtenberg, unterm 22. Februar 1803 nach Darmstadt berichtete.

Rationabilität der preussischen Politik überzeugt und zugleich Humboldt die hessische Geschäftsführung in Rom übertragen hatte. Die diesem ertheilte Instruktion ist ganz im Sinne der preussischen gehalten und weicht nur insofern von derselben ab, als Hessen sich nicht, wie Preussen, in der Lage befand, einem Reichsconcordat sich direkt zu widersetzen. Doch wird Humboldt in derselben wenigstens angewiesen, jede Gelegenheit zu benutzen, um den angelegentlichen Wunsch nach einem eigenen Landesbischof zu fördern.

Auch in Württemberg war man dem Gedanken eines Reichsconcordats keineswegs geneigt, trug sich vielmehr mit dem Wunsche, eine Sondervereinbarung mit dem römischen Stuhle einzugehen. Zu diesem Behufe liess die Regierung bereits in den ersten Monaten des Jahres 1803 dem Papste Vorstellungen machen in Betreff einer neuen Ordnung der württembergischen Diözesangrenzen. [1]) Der Papst ertheilte jedoch eine ausweichende Antwort, was er übrigens wegen der sonstigen guten Beziehungen zu Württemberg nur äusserst ungern that, und die Regierung scheint sich sehr bald dabei beruhigt zu haben. Wenigstens wird in der Folge in den verschiedenen von mir benutzten Gesandtschaftsberichten nichts von weiteren Versuchen Württembergs erwähnt, und auch zu Stuttgart befinden sich nach der mir gewordenen Auskunft weder im Staatsarchiv, noch beim Staatsministerium, noch bei den sonstigen in Betracht kommenden Behörden irgend welche auf Concordatsverhandlungen bezügliche Aktenstücke aus jener Zeit. Erst 1807 trat dann Württemberg mit der Kurie in Concordatsverhandlungen ein, erzielte dabei aber nicht den geringsten Erfolg. [2])

Was endlich Bayern anlangt, so hatte man dort schon längst, ehe noch an ein Reichsconcordat gedacht wurde, eine Neuordnung der kirchlichen Verhältnisse im Wege eines Concordats dringend gewünscht und seit der Publikation des französischen Concordats war man mit diesem Verlangen der Kurie gegenüber offener hervorgetreten. Bayern hatte sogar auch schon einen Concordatsentwurf der Kurie vorgelegt und die Vermittelung des französischen

---

[1]) Bericht Humboldt's nach Berlin v. 19. März 1803.

[2]) Vergl. darüber Mejer, Die Concordatsverhandlungen Württembergs vom Jahre 1807, Stuttgart, 1859.

Konsuls in Anspruch genommen, die dieser auch sehr gern gewährte, weil ihm dadurch eine neue Gelegenheit geboten wurde, seinen Einfluss auf die deutschen Verhältnisse zu vergrössern. Aber so bereitwillig sich die Kurie anfänglich auch gezeigt hatte, auf die Intentionen Bayerns einzugehen, so war es doch bislang zu keiner Verständigung gekommen. Die nach dem Reichsdeputations-Hauptschluss dem römischen Stuhle eröffnete Aussicht auf ein Reichsconcordat hinderte diese Verständigung vollends, und je dringender und energischer in der Folge seit 1803 Bayern mit dem Anspruche auf ein Sonderconcordat hervortrat, um so zurückhaltender und ablehnender wurde die Kurie. [1]) Unter diesen Umständen, eben weil seine Sonderinteressen dadurch geschädigt wurden und ihm wohl auch die Aussichtslosigkeit des Planes von vorn herein klar war, bildete Bayern den entschiedensten Gegner einer Verständigung von Reichswegen.

Der Grund, weshalb die Kurie dem ihr insbesondere von Bayern gestellten Verlangen nach Sonderabmachungen nicht nachgab, sondern es vorzog, mit dem Reiche eine Vereinbarung über die Kirchenverhältnisse des gesammten Deutschlands zu treffen, lag auf der Hand. Rom erblickte im Abschluss eines Reichsconcordats das einzige Mittel, sein durch den Reichsdeputations-Hauptschluss stark erschüttertes Ansehen in Deutschland wieder neu zu befestigen und Deutschland als ein katholisches Reich dem Papstthum zu erhalten. Auch sah die Kurie recht gut ein, dass bei Einzelverhandlungen das Resultat nicht überall ein gleich günstiges sein, dass sie vielmehr einzelnen Fürsten gegenüber zu weit grösseren Zugeständnissen gedrängt werden, ihnen weit grössere Freiheiten zu bewilligen genöthigt sein würde, als bei einer Verhandlung mit dem Reiche, wo sie zugleich an dem Kaiser in gewissem Sinne einen Bundesgenossen zu haben hoffte, insofern nämlich, als es nach ihrer Ansicht in dessen eigenstem Interesse liegen musste, allzu hoch gespannte Ansprüche einzelner Fürsten herabzudrücken, um nicht in seinen auf die Schirmherrschaft über die Kirche sich stützenden Ansprüchen eingeschränkt zu werden. Die Primatenpläne Dalberg's freilich musste die Kurie vorläufig mit in den Kauf nehmen; aber vielleicht hoffte sie mit

[1]) Ueber den weiteren Verlauf der Verhandlungen mit Bayern siehe das früher citirte Werk von Sicherer.

Hülfe des Kaisers denselben zu begegnen oder sie auf andere Weise zu kreuzen, und wollte jedenfalls nicht lediglich um ihretwillen auf die aus dem Abschluss eines Reichsconcordats erhofften eminenten Vortheile verzichten.

Immerhin aber war die Situation der Kurie bei dem entschiedenen Widerwillen mächtiger deutscher Fürsten gleichwohl von Verlegenheiten nicht frei [1]), zumal sie sich nicht verhehlen konnte, dass die Abmachungen mit dem Reiche auch nicht so glatt abgehen und sich vielmehr gar manche Schwierigkeiten ergeben würden. Consalvi hatte vollkommen Recht, wenn er in seinen Memoiren [2]) das deutsche Concordat als eines der schwierigsten und beunruhigendsten Geschäfte des heiligen Stuhles und als die Quelle grosser Sorgen und Verdriesslichkeiten bezeichnete. Musste doch die Kurie ausserdem auch noch in Erwägung ziehen, dass sie Gefahr lief, sich den Zorn des französischen Konsuls zuzuziehen, der namentlich die bayerischen Bestrebungen begünstigte, und den zu fürchten sie alle Veranlassung hatte. Zieht man alles dieses in Erwägung, so wird es erklärlich, dass sie, trotz ihrer anfänglichen grossen Befriedigung über den Wiener Vorschlag, sich doch erst nach einigem Zögern, wie S. 168 angeführt, zu dessen Acceptation entschloss.

Es erübrigt noch, die bereits angedeutete Stellung des französischen Konsuls zu dem Projekte näher zu beleuchten. Etwa Anfang Juni 1803 erging an den Kardinallegaten Caprara zu Paris vom Papste der Auftrag, den ersten Konsul von den Wiener Verhandlungen in Kenntniss zu setzen und ihn zugleich um seine Verwendung zu Gunsten der Kirche zu ersuchen. Caprara entledigte sich dieses Auftrags, als er Gelegenheit hatte, in einer öffentlichen Audienz Bonaparte zu sprechen. Derselbe erwiderte in einer Weise, die auf seine Missbilligung schliessen liess, er wisse nur zu gut, dass alle deutschen Fürsten, jeder besonders und unabhängig vom Reiche ver-

---

[1]) Khevenhüller berichtet unterm 15. Juli 1803 nach Wien: „Les embarras de cette Cour quant aux affaires d'Allemagne s'augmentent chaque jour, recevant de toute côté des declarations formelles des Princes plus puissans du Corps Germanique, de vouloir absolument s'entendre directement avec le Saint Siège sur les nouveaux arrangemens à fixer, quant à leurs Etats, et agir indépendamment du Chef et de la Diette de l'Empire".

[2]) Tome II, p. 294. 295.

handeln wollten, und fügte im Uebrigen Höflichkeitsphrasen hinzu, dass, soviel in seinen Kräften stehe, er sich bemühen werde, die Wünsche des Papstes zu unterstützen.[1] Es würde durchaus verkehrt sein, wollte man aus dieser missbilligenden Aeusserung über die Wünsche der deutschen Fürsten schliessen, Napoleon sei einem Reichsconcordat geneigt gewesen. Er missbilligte die Sonderbestrebungen nur insofern, als sie unabhängig von ihm erfolgten. Im Uebrigen trug er sich schon damals mit der Absicht, den Abschluss einer Vereinbarung, sei es für Bayern allein, sei es für die Rheinischen Staaten überhaupt, womöglich zu Paris unter seinen Auspicien vornehmen zu lassen, um bei dieser Gelegenheit auf die deutschen Kirchenverhältnisse einen bestimmenden Einfluss zu gewinnen.

Ungefähr gleichzeitig mit dem Auftrage an Caprara richtete der Papst unterm 4. Juni 1803 auch ein Breve[2] an Bonaparte, in welchem er auf die traurige Lage der deutschen Kirche hinwies und in ziemlich allgemein gehaltenen Ausdrücken ihn um seine Unterstützung zur Abhilfe derselben ersuchte. Es ist vollkommen klar, was die Kurie sowohl mit der mündlichen Mittheilung, als auch mit dem Breve bezweckte. Sie wollte Bonaparte bestimmen, von einer weiteren Verfolgung seiner abweichenden Kirchenpolitik abzustehen und um ihm dieses in einer möglichst wenig verletzenden Form beizubringen, wählte sie die Form einer Bitte, sie in ihren auf eine Vereinbarung mit dem Reiche gerichteten Bestrebungen zu unterstützen.[3] Dass sie diese Unterstützung wirklich wünschte, muss entschieden bezweifelt werden, solange sie noch die Hoffnung hatte, im Wege einer Verständigung mit dem Wiener Hofe das Ziel ihrer

[1]) Khevenhüller berichtet unterm 15. Juli 1803 nach Wien im Anschluss an eine Depesche Capraras über diese Unterredung, dass „Bonaparte avoit répondu qu'il ne sçavoit que trop (c'est à dire se servant d'une expression qui donnoit lieu à croire, qu'il ne l'approuvoit point) que tous ces Princes d'Allemagne vouloient agir chacun séparement chez soi sans aucune dépendance de l'Empire y ajoutant des phrases de convention, qu'autant qu'il dépendroit de lui il s'emploieroit à seconder les desirs du Pape“.

[2]) Das Breve ist wiederholt gedruckt, u. A. in der Allgemeinen Zeitung, Jahrgang 1804, No. 33, S. 132.

[3]) Aehnlich ist auch die Auffassung von Mejer, a. a. O., I, S. 208, der übrigens von dem Auftrage an Caprara keine Kenntniss hatte.

Wünsche zu erreichen. In der That fasste der französische Konsul die Aeusserung der Kurie in dem von dieser gewünschten Sinne auf. Er förderte vorläufig weder seinen Sonderplan, weil er den Zeitpunkt noch nicht für geeignet erachtete, um auf Rom einen direkten Zwang auszuüben, noch auch unterstützte er trotz seiner zu Caprara geäusserten scheinbaren Geneigtheit die Absichten der Kurie. Erst Ende Januar 1804 liess er, vielleicht weil er das Zustandekommen des Reichsconcordates befürchtete und auf alle Fälle sich einen Einfluss sichern wollte, das Breve durch seinen Geschäftsträger Bacher in Regensburg überreichen, begleitet von einer Note, deren Inhalt zur Genüge bekannt ist. Die Mittheilung wurde von dem Reichsdirektor, Freiherrn von Albini „als Merkmal der fortdauernden Aufmerksamkeit der französischen Regierung auf teutsche Angelegenheiten" mit gebührender Erwiderung angenommen,[1]) hatte aber zunächst keine weitere Wirkung, als dass sie bei den Meisten einen Sturm der Entrüstung über die unbefugte französische Einmischung hervorrief.

V.

Die Wiener Vorbesprechungen.

Der getroffenen Abrede gemäss waren im zweiten Viertel des Jahres 1803, wahrscheinlich im Mai, vorläufige Besprechungen über die mit dem Reiche ins Werk zu setzende Vereinbarung zu Wien eingeleitet worden. Dieselben wurden geführt zwischen dem Reichsreferendar Freiherrn von Frank als Bevollmächtigtem des Kaisers, dem Nuntius Severoli als Vertreter der Kurie und dem Geheimerath von Kolborn als Vertreter des Kurfürsten Erzkanzlers.[2]) Leider findet sich im Wiener Archiv, das über die spätern Verhandlungen ausführliches Material enthält, über diese Vorbesprechungen nicht die geringste Aufzeichnung und wir sind daher nicht in der Lage, die

[1]) Bericht des Grafen von Goertz nach Berlin v. 30. Januar 1804.

[2]) Es lässt sich trotz einer freilich ziemlich unbestimmt gehaltenen Auslassung Dalbergs nicht mit Bestimmtheit sagen, ob resp. inwieweit der Reichstagskommissar v. Hügel an den Besprechungen betheiligt gewesen ist. — Siehe auch Mejer, a. a. O., I, S. 210.

Einzelheiten derselben zu übersehen, wogegen wir über ihre Resultate allerdings aus andern Quellen einen genügenden Aufschluss erhalten. Von den drei an den Besprechungen Betheiligten vertrat jeder in energischer Weise den Standpunkt seines Auftraggebers und diese Standpunkte waren verschieden genug. Insbesondere der Nuntius Severoli war ganz erfüllt von dem Verlangen, der Kurie zu grösserem Ansehen, denn je, zu verhelfen. Er war der entschiedenste Verfechter des Papalsystems in seiner Blütheperiode und wird von dem bayerischen Gesandten in Wien nicht mit Unrecht als ein Fanatiker des 15. Jahrhunderts charakterisirt.[1]) Der Standpunkt, den er einnahm, liess von vornherein wenig Hoffnung, dass die Besprechungen zu einem für die übrigen Betheiligten auch nur annähernd annehmbaren Resultate führen würden.[2])

Im Verlaufe der Besprechungen trat der Regierungsbevollmächtigte mit der die Kurie aufs Höchste überraschenden und indignirenden Mittheilung hervor, dass der Kaiser nicht die Absicht habe, seine Erblande mit in die allgemeinen Vereinbarungen hineinzuziehen; für diese werde er vielmehr nicht die geringste Veränderung zulassen.[3]) Die hierdurch in Rom hervorgerufene Missstimmung war insofern nicht unberechtigt, als man dort nach dem Bisherigen nicht anders annehmen konnte, als dass das zu schliessende deutsche Concordat die Erblande mit umfassen sollte. Nach Empfang dieser Nachricht —

---

[1]) Siehe die Notiz bei Sicherer, a. a. O., S. 56.

[2]) Mejer, Die Propaganda, ihre Provinzen und ihr Recht, Bd. I, S. 12 giebt einen Auszug aus einer dem Nuntius von der Kurie ertheilten Instruktion. Er verlegt dieselbe dort in das Jahr 1805. In seinem andern Werke: Zur Geschichte der römisch-deutschen Frage, Bd. I, S. 207 nimmt er jedoch an, dass diese Instruktion schon 1803 aus Anlass der Wiener Besprechungen ertheilt ist. Falls letztere Annahme zutreffend und die Instruktion überhaupt echt ist, so würde sie allerdings die päpstlichen Ansprüche treffend kennzeichnen, zu deren Durchführung Severoli gerade das geeignetste Werkzeug war.

[3]) So erzählt Consalvi in seinen Mémoires, Tome II, p. 246. — Bei dieser Gelegenheit sei bemerkt, dass, in so ausführlicher Breite Consalvi sich auch sonst in seinen Aufzeichnungen ergeht, sein Bericht über die deutschen Concordatsverhandlungen doch ziemlich kurz ist und er manches Wesentliche übergeht. Wenn seine Mittheilungen, abgesehen von der durch seine Stellungnahme bedingten Färbung, auch im Allgemeinen zuverlässig sind, so irrt er sich doch in einzelnen Punkten; denn, wie er selbst einmal (T. I, p. 415) bemerkt, „après un intervalle de dix ans la mémoire peut faiblir“.

spätestens im August 1803 — sah sich die Kurie genöthigt, ihre Erwartungen, die sie auf das Handinhandgehen mit dem Wiener Hofe gesetzt hatte, erheblich herabzusetzen, und schon damals begann sich ihr die Erkenntniss aufzudrängen, dass die vielgepriesene Unterstützung des Kaisers im Grunde nur auf eine Förderung von dessen eigenen Interessen hinauslaufe. Ueberdies hatte man zu Rom auch in anderer Hinsicht Veranlassung genug, immer erbitterter auf den Wiener Hof zu werden, der sein bisheriges Verhalten gegen den Klerus nicht im Geringsten geändert hatte, vielmehr nach wie vor dessen Uebergriffen zu steuern und namentlich die kirchliche Gerichtsbarkeit zu beschränken suchte.

War so in den Beziehungen zwischen Wien und Rom schon eine gewisse Erkältung eingetreten, die einer Verständigung nicht förderlich sein konnte, so wurde eine solche Verständigung noch mehr erschwert durch das Auftreten Kolborns, der im Verlaufe der Besprechungen und gerade aus Anlass derselben nicht umhin konnte, einzelne, wenn auch nur vorsichtige Andeutungen über die vom Kurfürsten Erzkanzler verfolgten Pläne zu machen, und da war es klar, dass das deutsche Papstthum, welches Dalberg gründen wollte, vom römischen Papstthum nicht für annehmbar befunden werden konnte.[1])

Wie lange die Besprechungen zu Wien gewährt haben, ist nicht ersichtlich; doch steht zu vermuthen, dass sie mit langen, durch die Einholung von Instruktionen bedingten Unterbrechungen sich bis zum Herbst 1803 hingezogen haben. Eine Einigung war nach Lage der Sache nicht zu erzielen, und wenn die Kurie daraufhin die Verhandlungen nicht ohne Weiteres abbrach, so war der Grund der, dass sie sich nicht entschliessen konnte, das sie anfänglich mit so grossen Hoffnungen erfüllende Projekt eines Reichsconcordates ohne Weiteres wieder fallen zu lassen, vielmehr immer noch auf eine ihr günstige Wendung hoffte. Zudem sah sie auch sehr wohl ein, dass, nachdem sie alle auf Sonderverhandlungen gerichteten Versuche schroff abgewiesen hatte, eine plötzliche Aenderung ihrer Politik beim Bekanntwerden des Scheiterns der Wiener Verhandlungen nur zu ihrem Nachtheil ausschlagen könnte. Desshalb hatte sie auch nichts dagegen einzuwenden, als, um die Besprechungen nicht ganz resultatlos ver-

[1]) Siehe den Bericht Gravenreuth's bei Sicherer, a. a. O., S. 68.

laufen zu lassen, der Vorschlag gemacht wurde, es solle zunächst der Entwurf eines Concordates ausgearbeitet werden, um auf der Grundlage desselben dann spätere Berathungen vornehmen zu können. Ja, sie gestand sogar zu, dass mit der Ausarbeitung dieses Entwurfes Frank betraut wurde.[1])

Die Wiener Besprechungen gaben der bayerischen Regierung die Veranlassung, aufs Neue gegen das projektirte Reichsconcordat zu protestiren und sich energisch gegen eine Ausdehnung desselben auf die bayerischen Territorien zu verwahren.[2]) Zugleich beschloss sie, mit dem Drängen auf ein Sonderconcordat wieder energischer in Rom vorzugehen, und sandte zu diesem Behufe einen Concordatsentwurf sowohl nach Rom, als auch nach Wien ab. Um die Verhandlungen hierüber zu betreiben, wurde schon im September 1803 der Freiherr von Haeffelin zum Gesandten in Rom bestimmt, der aber erst am 16. November von München abreiste und am 4. Dezember an seinem Bestimmungsorte eintraf. Gleich nach seiner Ankunft suchte er in langen Unterredungen sowohl den Papst, als den Kardinal-Staatssekretär in der ihm vorgeschriebenen energischen Weise für ein Sonderconcordat umzustimmen. Dabei betonte er besonders das wichtige, von seinem Hofe vertretene Princip, dass die Grenzen der Diöcesen überall mit den Grenzen der weltlichen Gewalt übereinstimmen sollten. Obwohl dieses Princip zu Rom sehr wenig angenehm war, weil man gar wohl begriff, dass es die Gefahr einer Subordinirung der geistlichen Gewalt unter die weltliche Macht unmittelbar in sich schloss, so widersprach man demselben doch nicht geradezu[3]). Im Uebrigen aber stiess Haeffelin auch jetzt noch mit seinen Wünschen auf den entschiedensten Widerstand. Denn wenn der römische Hof

---

[1]) Wir haben über dieses Resultat ein Zeugniss des Kurfürsten Erzkanzlers selbst, der dem verflossenen Kurfürsten von Trier auf eine bezügliche Anfrage v. 26. October 1803 unterm 1. November 1803 erwiderte, dass der Plan eines Reichsconcordates durch den Reichsreferendar von Frank bearbeitet werde, der aber durch andere Geschäfte oft darin gestört würde. — Vergl. über beide Schreiben Longner, Beiträge zur Geschichte der oberrhein. Kirchenprovinz, S. 63 f. — Gams, Geschichte der Kirche im 19. Jahrhundert, Bd. I, S. 381 ff. — Mejer, Römisch-deutsche Frage, Bd. I, S. 210.

[2]) Ueber die Schritte Bayerns im Einzelnen siehe die eingehende Darstellung von Sicherer, a. a. O., S. 68 ff.

[3]) Berichte Humboldt's nach Berlin und Darmstadt v. 24. Dezbr. 1803.

auch mit den Wiener Ergebnissen noch so unzufrieden war, so sah er doch recht gut ein, dass, sobald Bayern nicht mit in das Reichsconcordat begriffen werde, dieses überhaupt nicht zu Stande kommen könne. Preussen konnte man allenfalls missen; wenn aber, wie es allen Anschein hatte, die österreichischen Erblande ausschieden und nun auch noch für Bayern eine Sonderabmachung bewilligt wurde, dann konnte von einem Reichsconcordate keine Rede mehr sein. Aus diesem Grunde erklärte Consalvi, wohl um den Gegner einzuschüchtern, in sehr kategorischer Weise, was man zu München auch thun möchte, der römische Hof würde niemals von den einmal angenommenen Grundsätzen abweichen, und keine Drohung des Kurfürsten könnte ihn dazu bewegen. Der heilige Stuhl — so setzte er wehmüthig hinzu — sei einmal von so viel Unglücksfällen heimgesucht, dass eine Ausführung solcher Drohungen nur ein Missgeschick mehr sei, das er mit Geduld ertragen müsste.

VI.

Die Wiener Konferenzen.

Nachdem der Reichsreferendar von Frank zu Anfang des Jahres 1804 den Entwurf eines Concordates fertiggestellt hatte, schritten die Betheiligten alsbald zu der in Aussicht genommenen eingehenden Besprechung desselben. Dabei ist bemerkenswerth, dass der Entwurf weder vor Beginn der Konferenzen, noch auch im Verlaufe derselben der Kurie übersandt wurde; vielmehr wurden lediglich in jeder Konferenz die zu besprechenden Titel des Entwurfes von Frank verlesen resp. den Betheiligten zur eigenen Lektüre in der Konferenz selbst übergeben und daran die erforderlichen Erörterungen geknüpft. Jedenfalls aber fand keine offizielle Mittheilung des Entwurfes nach Rom statt und der Vertreter der Kurie musste sich begnügen, die Konferenzprotokolle, in welche die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfes nicht wörtlich aufgenommen waren, mit seinen Zusätzen und Bemerkungen nach Rom zu senden. Lediglich auf Grund dieser von Kolborn als Schriftführer verfassten Protokolle und der Informationen von Severoli erfolgte dann die Entgegnung der

Kurie. Es geht dieses Alles aus den Protokollen selbst hervor und wird später noch näher zu erörtern sein. Diese Nichtmittheilung des Entwurfes nach Rom von Seiten des Wiener Hofes wurde durch Klugheitsrücksichten diktirt. Man betrachtete es in Wien als ziemlich sicher, dass die Kurie den Entwurf, wenn er ihr übersandt wurde, beanstanden und in Folge dessen es entweder gar nicht zu den Konferenzen kommen lassen, oder aber dem kaiserlichen Entwurfe einen andern, von kurialistischen Tendenzen getragenen Entwurf gegenüberstellen und dessen Berücksichtigung bei den Konferenzen verlangen würde. Auf jeden Fall waren die Chancen des Kaisers viel grösser, wenn der Nuntius in jeder Conferenz durch den Vortrag eines Stückes des Entwurfes gewissermassen überrascht wurde.

Ob resp. inwieweit bei der Fertigstellung des Entwurfes der Vertreter des Kurfürsten Erzkanzlers zugezogen worden ist, geht weder aus den Protokollen, noch aus dem sonstigen Material hervor. Doch dürfte eine solche Zuziehung, wenn sie überhaupt stattgefunden hat, nur in sehr geringem Grade erfolgt und jedenfalls auch den Abänderungsvorschlägen Kolborns nur sehr wenig Rechnung getragen sein; denn der Kurfürst Erzkanzler war, wie sich nachher herausstellte, mit vielen Punkten des Entwurfes durchaus nicht einverstanden. Es ist daher zum Mindesten zu viel gesagt, wenn behauptet wird, der Entwurf sei von Frank zusammen mit dem geistlichen Bevollmächtigten Dalbergs festgestellt worden.[1])

Die Konferenzen fanden statt in der Zeit vom 6. Februar bis 11. August 1804, und zwar wurden im Ganzen neun Konferenzen ge-

[1]) Diese Auffassung findet sich z. B. bei Mejer, Römisch-Deutsche Frage, I, S. 211. Derselbe bezieht sich hierfür auf die Allgemeine Zeitung als Quelle, welche 1806 einen Aufsatz brachte, worin allerdings gesagt ist, dass vorläufig in Wien von Frank und Kolborn eine Punktation zu Stande gebracht sei. Selbst wenn man aber der entgegengesetzten Angabe Dalbergs im angeführten Schreiben v. 1. November 1803 keine Bedeutung beimessen will, so muss man doch berücksichtigen, dass bei dem Geheimniss, mit welchem die ganze Angelegenheit behandelt wurde, nur ungenügende und unzutreffende Nachrichten darüber in die Oeffentlichkeit dringen konnten. Brachte doch die Allgemeine Zeitung in demselben Aufsatze auch die den wahren Sachverhalt durchaus entstellende Notiz, der Entwurf sei nach Rom geschickt und von da mit wesentlichen Veränderungen zurückgesandt worden, worauf die Conferenzen in Wien ihren Anfang genommen hätten.

halten. Zwischen der achten und neunten Konferenz (die achte fand am 21. März statt) lag ein grosser Zwischenraum von beinahe fünf Monaten, innerhalb dessen die Entschliessung der Kurie über die Resultate der bisherigen Konferenzen erfolgte. In der neunten und letzten Konferenz am 11. August, an welcher übrigens der Vertreter des Kurfürsten Erzkanzlers nicht Theil nahm, wurde diese Entschliessung mitgetheilt und über dieselbe verhandelt.[1])

Die Verhandlungen wurden geführt zwischen Frank, Kolborn und Severoli. Bisher wurde fast durchweg behauptet, an Stelle von Severoli habe der zum Nuntius nach Regensburg bestimmte della Genga als Vertreter der Kurie fungirt.[2]) Indessen die Kurie war mit dem Verhalten Severoli's so vollkommen zufrieden, dass für sie gar keine Veranlassung vorlag, della Genga an seiner Stelle zu den Verhandlungen zu senden, wodurch überdies der mit den Wiener Verhältnissen viel besser vertraute Severoli um so mehr gekränkt worden wäre, als die Verhandlungen, wie noch nachgewiesen werden soll, nicht in Regensburg, sondern in Wien stattfanden. Auch würde es doch sicher von den in Rom anwesenden Gesandten nicht unbemerkt geblieben sein, wenn Genga zu Anfang des Jahres 1804 nach Deutschland gereist wäre. Aber weder Khevenhüller, noch Humboldt, noch nach der Angabe von Sicherer der bayerische Gesandte Haeffelin berichten aus jener Zeit von einer derartigen Abwesenheit della Genga's von Rom. Im Gegentheil schreibt der sonst gut informirte Humboldt fort und fort nach Berlin, die Abreise della Genga's scheine aufgeschoben zu sein. Endlich geht

---

[1]) Die Abhaltung dieser neunten Conferenz war den bisherigen Bearbeitern nicht bekannt. Insbesondere sowohl Mejer, a. a. O., S. 212, als auch Sicherer, a. a. O., S. 85 sagen ausdrücklich, es wären acht Conferenzen abgehalten worden.

[2]) Vergl. z. B. Schmid, Geschichte der katholischen Kirche Deutschlands von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis in die Gegenwart, S. 139; Mejer, a. a. O., S. 212. — Dagegen spricht Sicherer, a. a. O., S. 85, Note 75 schon Zweifel an einer solchen Betheiligung della Genga's aus. Derselbe äussert die Vermuthung, dass mögerlicherweise Genga durch den Auditor Grafen Troni bei den Conferenzen vertreten worden sei. Troni hielt sich allerdings zur Zeit des Beginnes der Verhandlungen in Regensburg auf, konnte aber an denselben schon aus dem Grunde nicht Theil nehmen, weil, wie oben nachgewiesen ist, die Conferenzen nicht in Regensburg, sondern in Wien stattfanden.

aus den Konferenz-Protokollen nichts hervor, wodurch die Annahme, Genga sei bei den Konferenzen gegenwärtig gewesen, auch nur annähernd gerechtfertigt würde. Es wird in denselben immer nur vom Nuntius schlechthin ohne Namensnennung gesprochen. Insbesondere lautet die Ueberschrift der Konferenzprotokolle: „Consignatio eorum, quae in Conferentiis inter Excellentissimum Dominum Nuntium Apostolicum, Referendarium Imperii Dominum Baronem de Frank et Deputatum Emmi Electoris Archicancellarii ac archiepiscopi Consiliarium ecclesiasticum Kolborn — annuente Sua Majestate Caesarea celebratis acta sunt super projecto Concordati inter Summum Pontificem et Nationem Germanicam conficiendi." Ich sollte meinen, wenn dieser Nuntius nicht Severoli, sondern ein ausserordentlicher Gesandter der Kurie gewesen wäre, so würde sein Name sicherlich genannt worden sein, ebenso gut wie Frank und Kolborn namentlich angeführt werden.

Was den Ort der Konferenzen anlangt, so wird, entgegen der S. 187 Anmerk. 1 angeführten Notiz der Allgemeinen Zeitung, von den neueren Darstellern allgemein Regensburg als solcher genannt. Indessen habe ich für eine derartige Behauptung aus dem mir vorliegenden archivalischen Material nicht den geringsten Anhaltspunkt zu entdecken vermocht. Im Gegentheil berichtet Humboldt z. B. unterm 21. Juli 1804 nach Berlin, es werde zu Wien über das Concordat verhandelt; aber die Verhandlungen gingen so langsam, dass man fast nichts thue. Er fügt noch hinzu, der Wiener Hof habe absolut verweigert, „de faire des ouvertures par écrit", wodurch zugleich die obige, nach den Konferenz-Protokollen aufgestellte Behauptung, es habe keine Uebersendung des Entwurfes nach Rom stattgefunden, eine weitere Bestätigung findet. Auch Khevenhüller, der doch gewiss gut informirt war, nimmt wiederholt, so in den Berichten v. 11. und 25. Februar 1804, auf die zu Wien stattfindenden Verhandlungen Bezug. In den Konferenz-Protokollen selbst ist der Ort der Verhandlungen nicht ausdrücklich angeführt; doch kann man gerade daraus schliessen, dass die Konferenzen zu Wien abgehalten wurden, weil, wenn die Betheiligten sich von Wien nach Regensburg oder nach einem andern Orte begeben hätten, dieses doch sicherlich hervorgehoben worden wäre. Ueberdies aber ist im letzten Protokoll

gesagt, dass der Deputirte des Kurfürsten Erzkanzlers „modo Vienna absens“ sei, und wenn sich auf Grund dieser Notiz positiv auch nur behaupten lässt, dass die letzte Konferenz zu Wien abgehalten wurde, so gewinnt doch die Vermuthung, dass die übrigen Konferenzen ebenfalls zu Wien stattfanden, dadurch jedenfalls sehr an Wahrscheinlichkeit.

Der den Konferenzen zu Grunde gelegte Entwurf ist, ebenso wie die Konferenz-Protokolle, in lateinischer Sprache abgefasst. Derselbe vertritt durchaus den Standpunkt des Wiener Hofes, und von Zugeständnissen an die Kurie wird darin sehr wenig bemerkbar. Von seinen neun Titeln giebt der erste Titel allgemeine Bestimmungen (Dispositiones generales). Im zweiten Titel wird von der Eintheilung der deutschen Kirche in Diöcesen und Provinzen gehandelt (De divisione ecclesiae germanicae catholicae in dioceses ac provincias). In No. 4 dieses Titels ist gesagt, dass die Zahl der Erzbisthümer und Bisthümer, sowie ihre Grenzen aus einem beigefügten Verzeichniss zu ersehen sei. Leider befindet sich aber dieses Verzeichniss weder bei dem Entwurfe, noch bei den Konferenz-Protokollen. Dagegen ist einem zweiten, kürzern Entwurfe, über dessen Verhältniss zu dem hier in Rede stehenden später gehandelt werden wird, ein solches Verzeichniss beigefügt, welches aller Wahrscheinlichkeit nach mit dem von unserm Entwurfe in Bezug genommenen in der Hauptsache identisch ist. Dasselbe lautet:

„Ecclesia Germanica dividitur

I. in provincias Austriae;

II. in provincias Borussiae;

III. in provinciam Ratisbonensem.

Provincia Ratisbonensis continet Episcopatus:

1. Passaviensem, in Bavaria superiori;
2. Frisingensem, in Bavaria inferiori;
3. Capidonensem, in Suevia Bavarica;
4. Elvangensem, in Suevia Wirtembergensi;
5. Bruchsalensem, in Suevia Badensi;
6. Constantiensem, in Suevia Furstenbergensi;
7. Wirceburgensem, in Franconia;
8. Bambergensem, in Franconia;
9. Limburgensem, in tractu Rheni Nassovico;

10. Dusseldorfensem, in ducatu Berg et Westphalia;

11, Episcopalem diocesin metropolitanae Ratisbonensis.

NB. Singula diocesis complectitur simul intra limites suos terras minores adjacentes."

Der dritte Titel, welcher der umfangreichste ist und zugleich am meisten zu Beanstandungen von Seiten der Kurie Veranlassung gab, handelt von den Bischöfen, ihren Rechten, Privilegien und Einkommen, sowie von der Besetzung der bischöflichen Stühle (De Episcopis, de modo perveniendi ad Episcopatum, de Episcoporum juribus, privilegiis, reditibus). Der vierte Titel, der ebenfalls scharfe Missbilligung von Seiten der Kurie hervorrief, erörtert die Stellung der Erzbischöfe (De archiepiscopis ecclesiae Germaniae). Im fünften Titel wird von den Kathedralkapiteln und Konsistorien, im sechsten von den sonstigen kirchlichen Vereinigungen (De reliquis congregationibus ecclesiasticis) gehandelt. Der siebente Titel giebt die Grundsätze über die Pfarrer und übrigen Geistlichen; der achte beschäftigt sich mit den Kirchengütern und endlich der neunte Titel enthält die Bestimmungen de Exercitio religionis catholicae et iis, quae eo pertinent. Angehängt sind dem Ganzen Observationes ad Concordati Tit. III art. 22 De dotationibus. Schon aus dieser Zusammenstellung erhellt, dass der Wiener Hof sich wenigstens insoweit den Wünschen der Kurie gefügt hatte, als dem Entwurfe über eine blose Circumscription hinaus eine ziemliche Ausdehnung auf eine ganze Reihe kirchlicher Verhältnisse gegeben war, freilich meist in einer für die Kurie unannehmbaren Weise.

Über den Verlauf der Konferenzen selbst ist unter Zugrundelegung der im Wiener Staatsarchiv befindlichen Konferenz-Protokolle Folgendes zu bemerken:

Die erste Konferenz wurde von dem Reichsreferendar v. Frank am 6. Februar 1804 mit der Erklärung eröffnet, dass der von ihm verfasste Concordatsentwurf bereits dem Reichsvicekanzler vorgelegt worden sei und dessen Billigung erfahren habe. Derselbe habe darauf dem Kaiser einen summarischen Bericht darüber erstattet und seine Genehmigung zur Abhaltung von Konferenzen erlangt. Zweck dieser Konferenzen sei, die Meinung des Papstes und des Kurfürsten Erzkanzlers über dieses Projekt zu erfahren, damit das Ganze dann durch

Bericht und Votum des Vicekanzlers dem Kaiser unterbreitet und nach dessen Zustimmung in der gesetzlichen Weise an den Reichstag gebracht werden könnte. Darauf erwiderte der Nuntius, er sei auch nicht zur endgültigen Beschlussfassung autorisirt, sondern nur um zu hören und zu berichten; er werde aber seine aus den Konferenzen zu gewinnende Überzeugung vollständig nach Rom berichten und so nach besten Kräften die gute Sache unterstützen. Der Deputirte des Kurfürsten Erzkanzlers erklärte, er habe nur den Auftrag, privatim seine Meinung, so oft sich Gelegenheit dazu biete, unverhohlen zu sagen. Im Übrigen halte sich der Kurfürst Erzkanzler erst dann verbunden, seine Ansicht über das Projekt kund zu geben, wenn die Willenserklärung seiner Heiligkeit erfolgt sei.

Aus diesen Auslassungen erhellt zur Genüge der Standpunkt, den sämmtliche Vertreter bei den Konferenzen anzunehmen angewiesen waren. Keiner war autorisirt, irgend welche verbindliche Erklärung abzugeben, und damit wurde die Bedeutung der Konferenzen gleich im Anfang erheblich abgeschwächt. Sie wurden ihres officiellen Charakters fast gänzlich entkleidet und blieben wenig mehr, als blosse Privatunterhaltungen üder das Concordatsprojekt, nach deren Abhaltung die Auftraggeber immer noch thun konnten, was sie wollten. Immerhin aber blieb doch die Hoffnung, dass bei gegenseitigem Entgegenkommen und Nachgeben eine spätere officielle Einigung vorbereitet und erleichtert werden könnte. Indessen auch diese Hoffnung erwies sich sehr bald als trügerisch. Namentlich ging aus dem Verhalten des Nuntius hervor, wie wenig die Kurie an Zugeständnisse dachte und vielmehr hartnäckig alle ihre Forderungen aufrecht erhalten wollte.

Nach dieser Einleitung ging der Reichsreferendar dazu über, einige Prinzipien zu erörtern, die einem richtigen Urtheil über seinen Entwurf zur Basis und Richtschnur dienen müssten. U. A. führte er aus, dass das Concordat mit dem gesammten Reiche und nicht mit den einzelnen Reichsständen besonders abgeschlossen werden müsse; eine Nationalkirche unter dem Schutze des Kaisers sei dem System von Territorialkirchen bei Weitem vorzuziehen. Der Nuntius pflichtete ihm darin zwar bei, fügte aber, um ja nicht irgend welche Zugeständnisse zu machen, ausdrücklich hinzu, der Papst müsse sich vorbehalten, Partikularabkommen zu treffen für den nicht recht denkbaren Fall,

dass in dem allgemeinen Concordate dem Wohle der Kirche widerstreitende Bestimmungen enthalten wären. Sodann ist noch hervorzuheben, dass der Reichsreferendar einmal die Meinung zu widerlegen suchte, als ob durch das Concordat die päpstliche Autorität irgendwie geschmälert werden sollte, sodann aber zugleich betonte, der Nutzen der Kirche erheische es, dass die Rechte des Kaisers so sehr als möglich gefestigt würden. Der Kaiser habe fürwahr kein anderes Motiv seiner Sorge für die deutsche Kirche, als seinen Eifer für das Wohl der Religion; dieser allein habe ihn zur Vorbereitung des Concordates veranlasst. Zum Schlusse der Konferenz regte der Nuntius die Frage an, ob ihm nicht der Concordatsentwurf mitgetheilt werden könnte, damit er ihn mit seinem Bericht nach Rom schickte. Indessen Frank erwiderte, eine solche Mittheilung sei unstatthaft, bevor der Entwurf nicht dem Kaiser vorgelegen habe und von ihm bestätigt sei. Jetzt solle er nur zum Leitfaden bei den Konferenzen dienen. Um aber dem Nuntius ein vollständiges Referat zu ermöglichen, einigte man sich dahin, dass wenigstens eine sorgsame Aufzeichnung der Konferenzvorgänge vorgenommen werden sollte. Zur Uebernahme des Amtes eines Schriftführers erklärte sich Kolborn bereit. Es wurde darauf noch, wie bereits oben angeführt, beschlossen, dass in den vom Reichsreferendar anzuberaumenden folgenden Konferenzen der Entwurf von Stück zu Stück vorgelesen und daran die Besprechungen geknüpft werden sollten.

Die zweite Konferenz fand statt am 9. Februar 1804. Während man über den ersten Titel des Entwurfs mit seinen allgemeinen Bestimmungen schnell hinweg ging, ohne dass es zu sonderlichen Meinungsdifferenzen gekommen wäre, bot der zweite Titel schon mehr Schwierigkeiten. Hier fand der Nuntius zu wiederholten Malen Veranlassung, seine abweichende Meinung kund zu geben und gegen Festsetzungen des Entwurfes Verwahrung einzulegen, immer jedoch „decisione ipsa altiori arbitrio reservata". Insbesondere bot ihm Gelegenheit dazu die Bestimmung des Art. 5, dass eine Innovation der durch das Concordat festzusetzenden Diöcesangrenzen durch den Papst nur erfolgen könne „consentientibus augustissimo Imperatore iisque quorum interest dominis territorialibus, ac audita prius Archiepiscopi sententia, atque consentientibus quorum interest Episcopis." Hier

betonte der Nuntius auf das Entschiedenste, dass die Errichtung und Veränderung der Diöcesen ausschliesslich dem Papste gebühre und die übrigen Mächte lediglich auf Vorschläge, Bitten und Rathertheilungen beschränkt wären. Im Anschluss an diese Erklärung entspann sich eine lange Auseinandersetzung zwischen dem Nuntius und Frank. Letzterer suchte auf Grund eines reichen historischen Materials und unter Berufung auf die dem Kaiser zustehende Advokatie den Nachweis zu führen, dass die weltliche Macht, insbesondere der Kaiser, stets das Recht der Zustimmung gehabt und ausgeübt habe, wogegen der Nuntius behauptete, wenn die Zustimmung der weltlichen Macht eingeholt worden wäre, so sei dieses nur als ein besonders verdienten Herrschern vom Apostolischen Stuhle zugestandenes Privilegium aufzufassen.

Bei der Berathung des dritten Titels gab zuerst den Anlass zu einer Erörterung Art. 4, welcher das Diöcesanrecht des Bischofs auf alle in der Diöcese befindlichen Personen und Sachen ausdehnen und keinerlei Exemtion zulassen wollte. Gegen eine solche Beseitigung der Exemtionen wendete sich ernstlich der Nuntius und behauptete, die Exemtionen beständen von Alters her, schon seit dem vierten Jahrhundert, und seien durch viele Bullen und Concilien, vor Allem durch das Tridentinum geheiligt, überdies auch für die Kirchen und geistlichen Institute von grösstem Nutzen. Eine traurige Erfahrung habe es zur Genüge gezeigt, was aus den Klöstern würde, wenn man sie von ihren gemeinsamen Oberen abschneiden wollte. Diesen Ausführungen widersprach jedoch der Reichsreferendar, dem im staatlichen Interesse an der völligen Beseitigung der Exemtionen liegen musste, mit aller Kraft. Ausser der Berufung auf zahlreiche Quellenstellen führte er zur Unterstützung seiner Meinung Folgendes an: „Vorurtheilsfreie Völker, vor allen die deutsche Nation, hätten schon seit langer Zeit wohlbegründete Beschwerden über die Exemtionen geführt. Verschiedene Fürsten des deutschen Reiches hätten sich daher auch für befugt erachtet, die Exemtionen aus eigener Machtvollkommenheit zu beseitigen. So sei in Preussen der Bischof der gemeinsame Obere aller Kirchen seines Bezirks, und ohne ausdrückliche Genehmigung der weltlichen Regierung könne keine kirchliche Vereinigung von der Unterwerfung unter den Diöcesan-

bischof ausgenommen werden. Aber auch da, wo solche positive Anordnungen noch nicht beständen, müssten doch die Exemtionen thatsächlich als erloschen gelten und sogar die Klöster wagten, unter dem Einfluss der gegen die Exemtionen gerichteten öffentlichen Meinung, nicht, Klage zu führen gegen die Ordinariate, die ihre Sorgfalt auf Eximirte und nicht Eximirte ohne sonderlichen Unterschied erstreckten. Selbst wenn man aber auch die Bestimmungen des Entwurfes hierüber ändern wollte, so würde doch bei dem allgemeinen Widerwillen gegen die Exemtionen ihre Beibehaltung niemals die Genehmigung des Reiches erhalten und zu Regensburg würden die Fürsten ihre Abschaffung sicherlich dringend verlangen. Den Ausführungen von Frank schloss sich Kolborn an, der natürlich ebenfalls an der Beseitigung der Exemtionen ein lebhaftes Interesse hatte. Derselbe führte u. A. noch aus, es sei bereits in verschiedenen Staaten, so in Oesterreich, Preussen und Bayern, den Klöstern der Verkehr mit ihren auswärtigen Oberen verboten, und ähnliche Verbote würden auch in anderen Staaten, namentlich in solchen mit protestantischen Herrschern, nicht ausbleiben. Der Nuntius behielt sich darauf die päpstliche Entscheidung vor und bemerkte nur noch, dass in Deutschland zwei eximirte Bisthümer wären, Bamberg und Passau, und dass für die Beibehaltung ihrer unmittelbaren Unterwerfung unter den römischen Stuhl die gewichtigsten Gründe sowohl der Gerechtigkeit, als auch der dem Papste geschuldeten Achtung sprächen. Dieser Erwägung konnte jedoch der Reichsreferendar nicht beipflichten, verwies vielmehr auf den Reichsdeputations-Hauptschluss, wo ausdrücklich gesagt sei, dass die Jurisdiktion des Regensburger Metropoliten sich fortan auf alle deutschen Diöcesen, mit alleiniger Ausnahme von Oesterreich und Preussen, erstrecken solle. Darauf hielt es Kolborn noch für erforderlich, eine längere Auseinandersetzung zu machen, in welcher er die Uneigennützigkeit und Pflichttreue seines Auftraggebers betonte und eine Unterwerfung der beiden Bisthümer unter den Regensburger Metropoliten als in ihrem eigensten Interesse liegend erklärte. Der Nuntius nahm auch dieses ad referendum.

Sodann schritt man zur Besprechung der Besetzung der bischöflichen Stühle, und zwar waren in Art. 5 als Besetzungsarten angeführt die Nominatio, Electio, Postulatio und Translatio. In Betreff

der Nominatio durch den Landesherrn bemerkte der Nuntius, dass einem akatholischen Landesherrn das Recht der Nominatio nicht zugestanden werden könne. Es wurde ihm dagegen das Beispiel des Königs von Preussen angeführt, der allerdings zu den Bisthümern seines Landes nominirte. Der Nuntius vertrat aber die Ansicht, dass derselbe nicht das eigentliche jus nominandi habe, sondern nur Bitten und Empfehlungen für eine bestimmte, ihm genehme Person nach Rom sende. In diesem Punkte zeigte sich der Reichsreferendar insofern entgegenkommend, als er sich bereit erklärte, die vom Nuntius vorgeschlagene Unterscheidung zwischen katholischen und protestantischen Fürsten in den Entwurf aufzunehmen, dergestalt dass die letzteren keine weiteren Rechte erhielten, als der König von Preussen bereits hätte.

Die dritte Konferenz vom 15. Februar 1804 beschäftigte sich mit der Fortsetzung der Berathungen über Titel 3 des Entwurfs und ist aus den Verhandlungen hierüber nichts besonders Bemerkenswerthes anzuführen. Wohl aber ist zu erwähnen, dass Frank vor Eintritt in die Berathungen, wohl mit Rücksicht auf die bisher zur Schau getragene abweisende Haltung des Nuntius, Veranlassung nahm, einige prinzipielle Erörterungen zu machen. Zunächst führte er aus, dass dem Papste nicht blos alle wesentlichen Rechte, die durch göttliche Einsetzung mit dem Primate verbunden seien, erhalten werden sollten, sondern auch die im Laufe der Jahrhunderte allmählig hinzugekommenen, die man adventitia seu accidentalia nenne. Zu diesen jura adventitia würden von den namhaftesten Schriftstellern folgende gezählt: Das Recht, Bischöfe zu bestätigen, Postulationen zuzulassen, Bischöfe zu versetzen und abzusetzen, ihnen bei Bedarf Coadjutoren zu geben, von den Bischöfen den Eid des Gehorsams zu verlangen, neue Bisthümer zu errichten, das Recht der Unirung und Theilung von Bisthümern, das Recht, die Grenzen der Kirchenprovinzen zu erweitern oder zu verengern oder bischöfliche Kirchen einer andern Metropolis zu unterstellen, das Recht, Appellationen von den kirchlichen Gerichten entgegenzunehmen und endlich das Recht, die Annaten aus den Bisthümern zu verlangen und zu empfangen. Alle diese Rechte seien auch im vorliegenden Entwurfe dem Papste gewahrt, und zwar nicht einmal unter der Bezeichnung

accidentalia, sondern ohne irgend welche Unterscheidung von den jura essentialia. Gegen diese Bemerkung wendete sich alsbald der Nuntius und betonte höchst energisch, die eben aufgezählten Rechte seien keineswegs blos zufällig im Wechsel der Dinge mit dem Primate verbunden, sondern sie beruhten auf der innersten Natur desselben und würden vermöge göttlichen Rechts von den Päpsten beansprucht. Aus Anlass dieser Erwiderung entspann sich eine lebhafte Diskussion zwischen dem Nuntius und Frank, welcher hervorhob, der Meinung des Nuntius widerspreche die beinahe einmüthige Ansicht der Kanonisten Deutschlands und Frankreichs, von denen einige im Anschluss an Febronius diese Rechte dem Papste überhaupt nicht ferner zugestehen wollten. Uebrigens habe er — so fügte er hinzu — die ganze Erörterung nur gemacht, um zu zeigen, welchen Vortheil der Kurie eine Anerkennung dieser Rechte durch ein Reichsgesetz gewähre. Damit aber die Reichsstände sich zu einer derartigen Festsetzung bereit erklärten, müsse die Kurie vor allen Dingen den Geist der Billigkeit, Mässigung und Versöhnlichkeit nicht blos in Worten, sondern thatsächlich durch das ihnen vorzulegende Concordat beweisen.

Sodann machte der Reichsreferendar noch einige auf den Kaiser bezügliche Bemerkungen, die ebenfalls darauf hinausliefen, dass die Kurie es sich auf das Eifrigste angelegen sein lassen müsste, das Zustandekommen des Concordates durch Nachgiebigkeit und Versöhnlichkeit in jeder Weise zu fördern. Der Kaiser — so führte er in Wiederholung früherer Erörterungen aus — habe ja die Sorge für das Concordat gar nicht zu übernehmen gebraucht, da § 62 des Reichsdeputations-Hauptschlusses nur von einer neuen Circumscription der Diöcesen spreche; nur weil ihn der Zustand der deutschen Kirche jammerte und er gern Abhilfe schaffen wollte, habe er sich darauf eingelassen. Das Concordat werde aber den Reichsständen höchst unangenehm sein, weil es ihr Gutbefinden vielfach einenge. Desshalb müsse der Kaiser, um es ihnen annehmbarer zu machen, dafür sorgen, dass dasselbe von dem Geiste beseelt sei, „qui primo statim obtutu per aequitatem, moderationem, justum de re qualibet judicium prudentemque desideriorum praeventionem statibus illud commendet." Ausserdem aber hätten die Reichsstände auch ein Recht, vom Kaiser als

dem obersten Advokaten der Kirche zu verlangen, dass ihren berechtigten Wünschen und Forderungen Rechnung getragen werde. Bei dieser Gelegenheit kam Frank zum ersten Male seit Beginn der Konferenzen auf das Verhältniss der Oesterreichischen Erblande zum Concordate zu sprechen. Er sagte nämlich, die Schwierigkeiten, mit denen der Kaiser werde zu kämpfen haben, würden noch vermehrt dadurch, dass er nicht blos das Haupt des Reiches, sondern zugleich auch der Herrscher eigener Länder sei, wenn auch das Concordat in Folge besonderer Vorrechte jene Erbländer nicht berühre.

Zu dem gleichen Zwecke, um die Kurie gefügiger zu machen, wies der Reichsreferendar noch hin auf die den päpstlichen Ansprüchen feindliche Stellung der Wissenschaft, welche gerade in Deutschland besonders gepflegt werde und unter dem Einflusse der protestantischen Lehren den Geist der Neuerungen immer mehr im deutschen Volke verbreite. [1])

Ohne auf die sonstigen Ausführungen Frank's einzugehen, begnügte sich der Nuntius auf die letzte Bemerkung desselben zu erwidern, dass allerdings viele Philosophen und Neuerer im Reiche seien; aber man müsse desshalb noch nicht gleich den Muth sinken lassen. Denn die vergiftete Lehre jener Menschen werde allgemein als solche erkannt und man dürfe sich nicht etwa durch Furcht hinreissen lassen, ihnen allzu viele Zugeständnisse zu machen.

In der vierten Conferenz am 18. Februar wurde die Lesung der Artikel 18—34 des dritten Titels vorgenommen. Da erregte zunächst Art. 20 das Missfallen des Nuntius. Dort war bestimmt, dass die Consekration der Bischöfe durch den Erzbischof und im Falle seiner Verhinderung durch einen benachbarten Bischof erfolgen solle, unter Assistenz von mindestens zwei Bischöfen. Mit dieser Neuerung erklärte sich der Nuntius durchaus nicht einverstanden, wollte vielmehr die herkömmliche, durch das Tridentinum bestätigte Uebung gewahrt wissen, wonach die Consekration als päpstliches Reservatrecht gelten müsse, wogegen wiederum Frank lebhaft opponirte. Sodann erklärte sich der Nuntius mit aller Entschiedenheit auch gegen die in Art. 20

[1]) Dabei bemerkte er: „Germani lento quidem, sed si convicti semel sint, firmo pede incedunt, sententiarum suarum tenacissimi."

ebenfalls erfolgte Normirung des von den Bischöfen dem Papste zu leistenden Eides. Das blose Versprechen der Ehrfurcht, der Unterwerfung und des kanonischen Gehorsams, wie es dort aufgestellt war, schien ihm nicht ausreichend und er verlangte, dass der im Pontificale Romanum fixirte Eid beibehalten werde, wie er bisher von den Bischöfen aller Länder geleistet worden sei. Frank hinwiederum bezeichnete diesen Eid des Pontificale Romanum als veraltet und der Aenderung dringend bedürftig. Nach langen Erörterungen über diesen für die Kurie so wichtigen Punkt, bei denen Keiner das geringste Zugeständniss machen wollte, nahm der Nuntius, wie gewöhnlich, die Sache ad referendum.

Zu den folgenden Artikeln, namentlich zu Art. 22, betreffend die Dotation der Bisthümer, machte lediglich der Reichsreferendar erläuternde Ausführungen, ohne dass von Seiten der beiden andern Betheiligten etwas darauf erwidert wurde.

Die Protokolle über die 5. und 6. Konferenz sind in den Wiener Akten leider nicht enthalten. Es ist dieses um so mehr zu bedauern, als gerade die Artikel 35—50 des dritten Titels, welche in diesen beiden Konferenzen besprochen wurden, eine Reihe wichtiger Bestimmungen über die Befugnisse der Bischöfe, u. A. auch in Betreff der kirchlichen Gerichtsbarkeit, enthalten, wo es an vielfachem Widerspruche von Seiten des Nuntius sicherlich nicht gefehlt haben wird. Ja, aus der sogleich zu erörternden, in der 7. Konferenz abgegebenen Erklärung geht sogar hervor, dass am Schluss der 6. Konferenz der Nuntius mehr denn je die Schwierigkeiten betonte, die einer Billigung des Entwurfes von Seiten der Kurie entgegenständen.

Die 7. Konferenz wurde vom Reichsreferendar am 20. März mit der Kundgebung eröffnet, dass, nachdem in den verflossenen sechs Konferenzen die meisten Gegenstände von grösserer Wichtigkeit erledigt seien, er es für seine Pflicht gehalten habe, dem kaiserlichen Hofe einen eingehenden und genauen Bericht über die ganze bisherige Verhandlung abzustatten, und dass er darauf angewiesen worden sei, die nachfolgende Erklärung zu verlesen und wörtlich in das Protokoll aufnehmen zu lassen. Diese Erklärung lautet in ihren Hauptpunkten in der Uebersetzung folgendermassen:

„Die über das Projekt eines zwischen dem römischen Stuhle

und der deutschen Nation zu schliessenden Concordates bisher abgehaltenen Konferenzen sind bereits soweit gediehen, dass man sieht, welches das Ziel des Concordates sei und sein Geist und seine leitenden Normen, welches seine Eigenschaften sein müssen und welches Gute für den Bestand und das Heil der deutschen katholischen Kirche von diesem zugleich mit organischen Gesetzen zu versehenden Concordate zu hoffen ist. Welche Uebel dagegen daraus entstehen werden, wenn alle auf Fertigstellung eines solchen Concordates verwendete Mühe vergeblich gewesen sein sollte, das geht zur Genüge hervor aus der folgenden Darstellung, wie auch besonders aus dem bei den Konferenzen Gesagten. Und dass diese Uebel dort nicht übertrieben dargestell und auch nicht blos für die Zukunft zu fürchten, sondern zum grossen Theile bereits eingetreten sind, das ergiebt sich aus einer neuern Landesordnung des jetzt zu Fulda regierenden Fürsten aus dem Hause Nassau-Oranien, sowie aus dem zwischen dem Pfälzischen Kurfürsten und dem Herzog Wilhelm von Bayern am 30. November 1803 zu München abgeschlossenen und soeben erst bekannt gewordenen Apanagial-Recesse. In jener Ordnung wird den katholischen Unterthanen jeder Recurs nach Rom zum Zwecke der Erlangung von Dispensationen vom Papste untersagt, wenn nicht jeder Dispensationsfall vorher dem Landesherrn vorgetragen und seine Erlaubniss zur Einholung der Dispensation ertheilt worden ist. Bei Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften sollen solche Dispensationen hinsichtlich der bürgerlichen Wirkungen für null und nichtig gelten. In dem angeführten Recesse aber reservirt der Kurfürst für sich das jus reformandi ecclesiasticum und Alles, was damit zusammenhängt, welcher Begriff ohne genauere Begrenzung sicher den schreiendsten Missbräuchen Thür und Thor öffnet.“ Es werden sodann noch einige andere Beispiele angeführt und darauf heisst es weiter: „Der Zweck der Konferenzen war der, über den Entwurf die Meinung des Papstes und des Erzkanzlers zu erfahren. Der Nuntius hat aber in der ersten Konferenz erklärt, er sei nicht zur endgültigen Beschlussfassung autorisirt, sondern nur, um zu hören und zu berichten. In gleicher Weise hat sich auch der Deputirte des Erzkanzlers ausgesprochen und sogar erklärt, der Kurfürst halte sich zur Mittheilung seiner Ansicht über den Entwurf erst dann verbunden, wenn die Entschliessung des Papstes ergangen sei.

Ausserdem ist aus der ersten Konferenz, als über die Nothwendigkeit eines Concordates mit dem ganzen Reiche und nicht mit den einzelnen Reichsständen besonders gehandelt wurde, noch eine andere Aeusserung des Nuntius zu vermerken. Damals hat derselbe dem vom Reichsreferendar verfochtenen Princip eines Reichsconcordats zwar beigestimmt, aber hinzugesetzt, der Papst müsse sich vorbehalten, Partikular-Abkommen zu schliessen für den allerdings nicht denkbaren Fall, dass in dem allgemeinen Concordate dem Wohle der Kirche widerstreitende Bestimmungen enthalten wären."

„Von dem lautern und nur auf das Wohl der deutschen katholischen Kirche gerichteten Streben zeugen alle Theile des Concordates und der Konferenzen. Jenes Wohl der Kirche kann aber gewiss nicht glücklicher gefördert werden, als wenn man bei dem gesetzlichen Zustand der katholischen Kirche, der bisher in Deutschland bestand, klüglich beharrt. Da nun aber die neue Gestaltung der Dinge im Reiche die Nothwendigkeit neuer Bestimmungen auferlegt, so muss dieser kirchliche Zustand von Neuem gehörig geordnet und für die Zukunft vermöge einer pragmatischen Sanktion des Reiches sicher gestellt werden. Eine solche Neubefestigung dieses Zustandes ist zugleich das einzige Ziel des mit organischen Gesetzen zu versehenden Concordates und der fromme und gerechte Herzenswunsch des Kaisers als Oberhaupt des Reiches und oberster Advokat der deutschen katholischen Kirche, dem dabei jeglicher Hintergedanke fern ist."

„Da also das Werk so weit gediehen ist, dass man über den Concordatsentwurf einen Ueberblick gewonnen hat, der Nuntius aber sich auf eine endgültige Beschlussfassung nicht eingelassen, sondern im Gegentheil dem Papste den eventuellen Abschluss von Sonderabmachungen vorbehalten hat, so sprechen alle Gründe dafür, dass der Papst nun endlich seine Meinung sowohl über den Gedanken des Concordates überhaupt, als auch über die einzelnen aus dem Entwurfe bisher mitgetheilten Artikel äussert, damit in gemeinsamer Berathung an die Beseitigung der Schwierigkeit gedacht werden kann, deren der Nuntius am Schlusse der sechsten Konferenz Erwähnung gethan hat."

„Der kaiserliche Hof verkennt keineswegs, dass dieses Geschäft mit vielfältigen Schwierigkeiten verbunden ist. Es erscheint desshalb gerathen, bis zur erlangten Kenntniss von der Ansicht des Papstes

die weitere Abhaltung von Konferenzen zu sistiren; denn durch die bisherigen Verhandlungen ist die Angelegenheit genügend erörtert und jedes weitere Verhandeln kann ohne die vorherige Aeusserung des Papstes und des Kurfürsten Erzkanzlers leicht zu einer ganz vergeblichen Arbeit werden. Doch soll durch eine solche Suspendirung der Konferenzen nicht etwa die Befürchtung erweckt werden, als ob die noch übrigen Titel des Concordates etwa ungünstige Bestimmungen enthielten; dass dieses nicht der Fall ist, wird aus der noch vorzunehmenden kursorischen Lesung derselben erhellen. Mit Ausnahme einiger Artikel sind alle so beschaffen, dass sie nicht die geringste Schwierigkeit, weder beim Papste noch beim Kurfürsten Erzkanzler finden, sondern im Gegentheil deren freudigste Zustimmung erlangen werden."

Auf diese Erklärung erwiderte der Nuntius blos, er werde darüber dem Papste berichten, dem dieser neue Entschluss um so überraschender kommen werde, als er bestimmt gehofft habe, der Entwurf selbst würde ihm schon in der allernächsten Zeit mitgetheilt werden. Indessen erklärte sich der Nuntius, um von seiner Seite keinen Anlass zur Verzögerung zu geben, bereit, die Lesung der noch übrigen Titel des Entwurfes anzuhören. Es wurde darauf die Lesung des 4. und 5. Titels des Entwurfes vorgenommen, zu denselben jedoch von keiner Seite irgend welche Bemerkung gemacht.

In der 8. Konferenz am 21. März erfolgte zunächst die Lesung von Titel 6—9 des Entwurfes. Nach Beendigung derselben ging der Nuntius, ganz gegen seine bisherige Gepflogenheit, dazu über, sich eingehend über die ihm aufgestiegenen Bedenken zu äussern. Abgesehen von den schon früher hervorgehobenen oder durch geringe Redaktionsänderungen zu beseitigenden Beanstandungen führte er folgende Artikel auf, deren vollständige Beseitigung oder gründliche Umgestaltung er für unerlässlich erachtete[1]):

1) Tit. IV, Art. 13: „Cum jus recipiendi appellationes in causis ecclesiasticis per ipsa concordata Nationis germanicae stabilitum et legibus Imperii suffultum sit: hanc Archiepiscoporum instantiam quocunque modo praeteriri summus Pontifex non permittet."

---

[1]) Der leichtern Uebersicht halber sind die betreffenden Artikel des Entwurfes im Texte wörtlich wiedergegeben.

2) Tit. IV, Art. 14: „Si demum hae causae ecclesiasticae a judice romanae sedi immediate subjecto legitima provocatione ad eam delatae fuerint, summus Pontifex pro concordatorum synodique Tridentinae norma dabit judices, quos vocant in partibus, eosque natione germanos ac patriarum legum gnaros."

3) Tit. IV, Art. 15: „Ubi ejusmodi judices ad mentem dictae synodi in conciliis provincialibus designari nequeunt, ab Episcopo cum sui Capituli consilio juxta decretum Benedicti XIV denominandi sunt summoque Pontifici praesentandi."

4) Tit. V, Art. 8: „Capitulorum cathedralium originariae suae destinationi restitutorum praebendas confert episcopus ordinarius omnium suae dioeceseos munerum ecclesiasticorum collator."

Hierzu bemerkte Frank, es liesse sich vielleicht der die päpstlichen Rechte wahrende Ausweg treffen, dass der Papst die Ausübung dieses ihn nach dem Aschaffenburger Concordate allerdings zustehenden Rechtes den Bischöfen durch Indulte übertrüge, welche Praxis den Kurfürsten Erzbischöfen gegenüber bisher schon befolgt worden sei.

5) Tit. V, Art. 19: „Cum numero canonicorum imminuto et auctis eorum obligationibus psalmodia ecclesiastica, qualis viguit hactenus, locum habere porro nequeat, surrogandus ei est cultus parochialis, ab episcopo ita ordinandus, ut populo maximae aedificationi instructionique sit. Huic cultui tam matutino quam vespertino diebus dominicis ac festis et interesse et ex episcopi praescripto inservire omnes canonici cathedrales tenentur."

Zur Motivirung dieses Artikels erklärte der Reichsreferendar, soviel Kanonikate, wie zur täglichen Absolvirung der horae canonicae und daneben auch zur Führung der Geschäfte des Presbyteriums erforderlich seien, würden die Landesherren gewiss nicht fundiren. Die Bestimmung dieses Artikels sei daher ein Gebot der Nothwendigkeit. Nach der Ansicht des Nuntius dagegen war der Artikel überhaupt ganz zu streichen. Es sei Sache des Bischofs, dafür zu sorgen, „ut quotidie Deo nostro decantentur psalmi, hymni et laudes spirituales."

6) Tit. VII, Art. 28: „Generatim autem iis in casibus, ubi quis ex clero mores prae se fert statui ac muneri suo e diametro opposito aut obligationibus ordini ecclesiastico ex hodierna ecclesiae disciplina annexis diutius subesse sine salutis suae spiritualis periculo non posse

ex gravibus rationibus judicatur, nil impedit, quominus episcopus cum sui capituli consilio utrumque pro more antiquae ecclesiae ad statum et communionem laicalem aut per modum poenae, si incorrigibilis sit, remittat, aut honeste dimittat; cum improbi sacerdotes ac ii, qui sacra inviti tractant, fidelibus nunquam aedificationi, semper scandalo ac ruinae totique ordini ecclesiastico opprobrio sint, statui autem laicali redditi bonorum civium ac religionis officia facilius adimplere possint."

Auch diesen Artikel, der die Möglichkeit der Rückversetzung eines Klerikers in den Laienstand ganz allgemein gewährte und dem von der Kurie bisher festgehaltenen System direkt entgegengesetzt war, wollte der Nuntius ganz beseitigt wissen, während der Reichsreferendar nichts Bedenkliches darin finden konnte und ihn um so eher als dem Rechte und der Billigkeit entsprechend bezeichnete, als es doch üblich sei, diejenigen, welche ein Kapitalverbrechen begangen hätten, von den Ehren und der Stellung eines Klerikers zu degradiren. Die Kurie mache nur desshalb Schwierigkeiten, weil sie aus dem Artikel die ihr unerwünschte Folgerung ziehe, dass ein wieder in den Laienstand Versetzter die Möglichkeit der Eheschliessung erlange. Indessen brauche man ja eine solche Freiheit der Eheschliessung nicht für alle Fälle zuzulassen und könne sie ausserdem stets von der Erlaubniss des Bischofs abhängig machen. Zugleich nahm er Veranlassung, sich in längerer Rede über die vielfachen Nachtheile der Cölibatsvorschrift auszulassen. All das Geschrei über den Cölibat würde allmählig verstummen, wenn der Papst dem vorgeschlagenen Artikel seine Zustimmung ertheilen wollte. Ja, es lasse sich mit dem bestem Grunde behaupten, dass dieser Artikel das wirksamste Mittel zur Erhaltung des Cölibats für die Kirche sein werde. Der Nuntius begnügte sich auf die lange Auseinandersetzung sehr gemessen zu erwidern: „Hoc pro certo tenendum est, ad cohibendam Clericorum incontinentiam et ad consulendum eorum infirmitati non id remedii proponendum esse, quod non solum uni vel alteri parum adferret utilitatis, verum praemium esset sceleri, bonos ipsos tentationibus vexaret, novitate veterem disciplinam subverteret et, quod maxime dolendum, Coelibatus abolitioni, plaudentibus philosophis, viam sterneret. Ad ea itaque mala praecavenda, quae Dominus Referendarius Imperii

commemoravit, haec et non alia remedia sint: Discoli corripiantur et juxta Canones abscindantur; Infirmi orent et jejunent."

7) Tit. VIII, Art. 12: „Jus asyli ne ordinato nunc justitiae cursui impedimento sit, imposterum omnino cesset, salva nihilominus templorum sanctitate et episcopi facultate intercedendi."

8) Tit. IX, Art. 6: „Cum rationes illae gravissimae, ex quibus Sua Sanctitas e re tum christiana, tum publica futurum judicavit, si status quidam festorum dierum numerus isque quo contractior fieri posset, in Gallia retinendus constitueretur, etiam in Germania subsistant, accedatque magna illa uniformitatis in rebus ad religionem spectantibus utilitas: Ecclesia Germaniae catholica vehementer exoptat neque Summus Pontifex pro paterna sua sollicitudine refragatur, ut festorum dierum numerus etiam in Germania diminuatur."

Nachdem so die Lesung des Entwurfes und die Aufzählung der Monita beendet war, bemerkte der Reichsreferendar, er gebe sich der Hoffnung hin, der Nuntius werde die Ueberzeugung erlangt haben, dass, wie schon hervorgehoben sei, alle in den beiden letzten Konferenzen vorgetragenen Artikel, mit einigen wenigen Ausnahmen, so beschaffen seien, dass sowohl der Papst, als auch der Kurfürst Erzkanzler ihnen freudig ihre Zustimmung ertheilen könnten. Der Nuntius entgegnete, er habe in der That mehrere Artikel gefunden, welche nicht nur keinen Anlass zu Bedenken gäben, sondern sogar in durchaus kluger und zweckdienlicher Weise aufgestellt seien und es schmerze ihn nur, dass dieselben im vorliegenden Protokoll für den heiligen Vater nicht aufgezeichnet wären. Im Uebrigen hoffe und vertraue er, dass zum Wohle der Kirche auch diejenigen Artikel beseitigt werden würden, die jetzt zu Aergerniss und Streitigkeiten Anlass gäben.

Zum Schluss der Konferenzen hielten es alle Betheiligten für nothwendig, nochmals, wie schon zu Beginn, hervorzuheben, dass sie nicht zur Beschlussfassung, sondern nur um zu hören und zu berichten, zusammengekommen seien.

Wenn mit dieser Konferenz die Verhandlungen auch vorläufig geschlossen worden waren, so wurde doch später noch eine weitere Konferenz abgehalten, in welcher die Mittheilung der Antwort des Papstes erfolgte. An dieser Konferenz nahm übrigens der Vertreter

Dalbergs nicht Theil, wahrscheinlich um nicht in die Nothwendigkeit versetzt zu werden, ohne reifliche Erwägung der päpstlichen Auslassung die Stellungnahme seines Auftraggebers zum Entwurfe zu erörtern, eine Erörterung, die noch länger hinauszuschieben er absolut keinen Vorwand mehr hatte, sobald einmal die Erklärung des Papstes erfolgt war. Uebrigens wird diese Konferenz in den Protokollen ausdrücklich als neunte Konferenz bezeichnet und trotz des Fehlens von Kolborn ist das Protokoll über dieselbe genau in derselben Weise wie die vorhergehenden abgefasst.

Diese neunte Konferenz fand erst am 11. August 1804 statt. Der Nuntius eröffnete dieselbe, indem er anknüpfte an das in der Konferenz vom 20. März ausgesprochene Verlangen nach einer Willensäusserung des Papstes sowohl über den Gedanken des Concordats überhaupt, als auch über die einzelnen aus dem Entwurfe mitgetheilten Artikel. Er habe dieses Verlangen nach Rom gemeldet und dort habe demzufolge auf Grund der übersandten Protokolle eine Prüfung aller Artikel der vorgeschlagenen Einigung stattgefunden. Was man darüber beschlossen und was man für den Schutz der katholischen Religion im Reiche oder für ihre Erhaltung in dieser trostlosen Zeit zu thun für nöthig erachtet habe, das werde aus der Lesung der Schreiben hervorgehen, die er, der Nuntius, kürzlich von Rom empfangen habe.

Zunächst wurde ein Schreiben des Kardinal-Staatssekretärs an den Nuntius verlesen. In demselben wird dem Schmerz des Papstes darüber Ausdruck gegeben, dass die Mittheilung einer genauen Darlegung des Concordates ihm verweigert worden sei, sowie seiner Verwunderung, dass trotz dieser Verweigerung nichtsdestoweniger sein Urtheil verlangt werde. Er wäre daher vollkommen berechtigt gewesen, dieses sein Urtheil zu verweigern, zumal auch in den Konferenz-Protokollen nur eine unvollständige und bisweilen unklare Beschreibung der Artikel gegeben sei. Wenn er gleichwohl seine Ansicht äussere, so geschehe es lediglich in Anerkennung der Bemühungen des Kaisers und um demselben einen Beweis seiner Zuneigung und seines Wohlwollens zu geben. Immerhin habe er anfänglich bei jedem einzelnen Punkte einfach blos seine Zustimmung oder seinen Widerspruch ohne jede Begründung erklären wollen, „wie

es für den obersten Leiter der Kirche angemessen ist, der nicht mit Gründen, wie privati doctores, sondern mit der apostolischen Autorität seine Aussprüche unterstützt. Indessen um sich nicht dem Verdachte auszusetzen, als ob sein Widerspruch ein grundloser sei und lediglich seinem Widerwillen entspringe, entschloss er sich, demselben stets eine Begründung hinzuzufügen. Weil nun diese Auslassungen des Papstes leicht zu unnützen und verkehrten Erörterungen Anlass geben können, da die Menschen bei ihren verschiedenen Grundlagen auch verschiedener Meinung sind, so erhalten Sie den Auftrag, wenn Jemand denselben widerspricht, sich keinesfalls auf Verhandlungen und Debatten zu ihrer Vertheidigung einzulassen und auch keine schriftliche Vertheidigung zu machen.“ Am Schluss ist dann noch gesagt: Es bleibe dem Papste nichts Anderes übrig, als dass er, wie es das Wohl der Kirche und die immerwährenden Forderungen der Fürsten verlangten, seinen Legaten so schnell wie möglich nach Regensburg schicke, „ut Caesarea Majestate favente Concordatum iniri et in communem Ecclesiae et Imperii utilitatem confici possit.“

Nach Verlesung dieses Schreibens und ehe man zur Verlesung der päpstlichen Antwort schritt, erklärte sich der Nuntius in Gemässheit der ihm ertheilten Anweisung bereit, dem Reichsreferendar die Gründe zu entwickeln, welche den Papst bewogen hätten, seine Zustimmung zu einigen Artikeln zu versagen, und zwar wolle er diese Darlegung der Gründe bei den einzelnen Artikeln vornehmen, so oft an dem Widerspruch des Papstes Anstoss genommen werde. Frank solle daher entscheiden, ob er lieber einfache und nackte Antworten hören, oder dieselben mit Gründen und Argumenten versehen haben wollte. Wider alles Vermuthen erklärte jedoch der Reichsreferendar äusserst kurz, die Gründe der römischen Anschauungen seien ihm zur Genüge bekannt. In Folge dessen wurde zur einfachen Lesung des die päpstliche Antwort enthaltenden Schreibens geschritten. Diese Antwort des Papstes [1]) war kühl und ablehnend genug und beanstandete

[1]) Wie schwer man sich übrigens zu Rom entschloss, die verlangte Erklärung abzugeben, das geht auch hervor aus einer vertraulichen Eröffnung Consalvi's an Khevenhüller, über welche letzterer unterm 28. April 1804 Folgendes nach Wien berichtet: Der Kardinal-Staatssekretär habe ihm unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut, dass über das Verlangen, welches der Baron von Frank an Severoli gestellt habe, der Papst solle seine An-

alle Bestimmungen des Entwurfes, die auch nur im Entferntesten den päpstlichen Ansprüchen hätten gefährlich werden können. Wie in derselben auch angedeutet wird, hatte die Kurie aus dem ihr vorliegenden Material die von ihrem Standpunkt aus leicht begreifliche Ueberzeugung gewonnen, dass der Entwurf die Befugnisse der weltlichen Gewalt auf Kosten des päpstlichen Ansehens erweitern wolle, und dass, um dieses zu erreichen, es ihm vor allem darauf ankomme, die Beziehungen der Bischöfe zum Papste zu lockern und ihnen eine grössere Unabhängigkeit von demselben zu verleihen. Desshalb fand sie insbesondere auch an fast sämmtlichen Artikeln des von den Bischöfen handelnden dritten Titels etwas auszusetzen und beklagte es tief, dass die Stellung des Papstes im Entwurfe eine seine Machtbefugnisse so überaus einschränkende Behandlung erfahren habe. Auf die Einzelheiten der päpstlichen Ausstellungen einzugehen, erscheint desshalb nicht angebracht, weil eine detaillirte Erörterung der überaus zahlreichen Monita zu deren Verständniss eine Gegenüberstellung der betreffenden Artikel des Entwurfes erforderlich machen würde, der Abdruck des Entwurfes aber mit Rücksicht auf den mir zu Gebote stehenden Raum nicht möglich ist. Doch will ich hervorheben, dass nicht blos sämmtliche vom Nuntius aufgestellten Beanstandungen aufrecht erhalten wurden (sehr entschieden äusserte sich der Papst namentlich auch gegen Tit. VII, Art. 28, der den Coelibat erschüttere, welcher als „pulcherrimum ecclesiae latinae ornamentum" bezeichnet wird), sondern ausserdem noch eine erhebliche Anzahl neuer Monita hinzugefügt wurden. Am Schluss tritt die Kurie plötzlich mit einem neuen Vorschlage hervor. Es wird daselbst gesagt, dass „tam multa objecta ecclesiasticae legislationis proponere diaetae imperii, quae maxima ex parte ex principibus protestanticis coalescet, perinde est ac sese perpetuis hisque supervacaneis disputa-

sicht mittheilen, in einer besonderen Congregation von Kardinälen verhandelt worden sei. „Malgré la difficulté que l'on doit avoir à s'expliquer sur des articles aussi délicats et importans sur des simples extraits sans avoir le tout en entier sous les yeux, néanmoins il lui a réussi de faire adopter le principe que même dans l'état actuel des choses on remettroit au Nonce le sentiment du Pape sur ces divers points. L'examen que cela exigera, surtout cette délibération devant être combinée par tous ces cardinaux, et l'importance de beaucoup de ces points, entrâmeront nécessairement bien de tems".

tionibus subjicere". Es gehe daher die römische Ansicht dahin, dass es besser sei, blos eine kleine Anzahl Hauptpunkte dem Reichstage vorzulegen, auf welche Weise jedenfalls eine Verständigung eher zu erzielen sein würde.

Nach Verlesung dieser Erklärung, die wörtlich in das Protokoll aufgenommen wurde, bemerkte der Nuntius noch, obschon aus der gegenwärtigen Sachlage hervorzugehen scheine, dass man kaum auf einen Ausweg zur Vereinigung hoffen könne, so dürfe man doch nicht allen Muth verlieren. In weiterer Ausführung des päpstlichen Vorschlags erörterte er darauf des Nähern die Eventualität einer blos auf einige Punkte sich erstreckenden Abmachung und bezeichnete als solche Punkte, in Betreff deren mit dem Reichstage eine Verständigung herbeizuführen sei, folgende: „Novarum Dioecesium divisio, erectio novarum Sedium episcopalium, nova methodus pro episcoporum electionibus faciendis, Dotatio Cleri, advocatia tandem et protectio catholicae religionis a toto imperio in augustissimo Imperatore recognoscenda." Er fügte noch hinzu, diese Gesichtspunkte möge der Reichsreferendar im Auge behalten „et rem ad normam hujus ideae disponere", damit bei der in Kürze bevorstehenden Ankunft eines Nuntius in Regensburg die deutsche Kirchenfrage in einer friedlichen und befriedigenden Weise gelöst werde: „quod est summi pontificis votorum maximum."

Der Reichsreferendar begnügte sich mit einer kurzen Erklärung, in welcher er sein Bedauern über die durch die Kurie herbeigeführte Wendung ausdrückte und namentlich auch hervorhob, dass doch früher dem Nuntius sowohl, wie auch Kolborn der Gedanke eines umfassenden Concordates sehr annehmbar erschienen sei. Ob der jetzt von der Kurie vorgeschlagene Weg der geeignete sei, zum Ziele zu führen, das erscheine ihm höchst zweifelhaft. Im Uebrigen erklärte er sich bereit, dem Kaiser einen unparteiischen Bericht zu erstatten und bemerkte nur noch, dass das Werk vielleicht mehr gefördert werden würde, wenn die Kurie sich zur Mittheilung eines ihren Wünschen entsprechenden Concordatsentwurfes entschliessen wollte, aus welchem die Ansichten des römischen Stuhles deutlicher hervorträten, und in welchem zugleich die dem Geiste der Kirche widersprechende Ausdrucksweise, die man ihm zum Vorwurf gemacht habe,

vermieden wäre. Damit war die Konferenz beendet und die Theilnehmer trennten sich in gereizterer Stimmung denn je.

VII.

Schluss.

Die Resultate der neun Konferenzen lassen sich kurz dahin zusammenfassen, dass sie, weit entfernt, die erhoffte Einigung herbeizuführen, vielmehr durch eine Konstatirung so vieler Streitpunkte das Zustandekommen einer alle Theile zufriedenstellenden Vereinbarung in unabsehbare Ferne hinausschoben, wo nicht geradezu unmöglich machten. Wenn man von der wichtigen Frage auch ganz absah, ob die Bestimmungen des deutschen Concordates auf die österreichischen Erblande mit ausgedehnt werden sollten, deren Erörterung der kaiserliche Bevollmächtigte möglichst vermieden hatte, wie es auch unterlassen worden war, der Kurie das Verzeichniss der in Aussicht genommenen Bisthümer mitzutheilen, so blieben doch noch so viele wichtige Fragen, wie z. B. in Betreff der Stellung der Bischöfe, der kirchlichen Gerichtsbarkeit u. A. m., wo bei der prinzipiellen Verschiedenheit der Standpunkte an ein auch nur annäherndes Einverständniss gar nicht zu denken war. Seine ursprüngliche Absicht, blos über die Diöcesaneintheilung zu verhandeln, hatte der Wiener Hof fallen lassen, einestheils um der Kurie entgegen zu kommen, anderntheils weil er nach reiflicher Erwägung die Ueberzeugung gewonnen hatte, dass eine die gesammten kirchlichen Verhältnisse umfassende Ordnung für ihn vortheilhafter sein und die kaiserliche Machtbefugniss den Landesherren gegenüber auch in kirchlicher Hinsicht besser zum Ausdruck bringen werde. Jetzt, nachdem Alles vorbereitet war, und die Konferenzen darüber stattgefunden hatten, kam auf einmal die Kurie mit dem Ansinnen, die zu schliessende Vereinbarung in der Hauptsache blos auf die Circumscription der Diöcesen zu beschränken. Damit aber war der Wiener Regierung jetzt nicht mehr gedient. Wenn diese auch von vorn herein nicht gerade grosse Hoffnungen auf das Entgegenkommen der Kurie gesetzt hatte, so waren doch, wie aus der von Frank in der siebenten

Konferenz verlesenen Erklärung hervorgeht, ihre ohnedies geringen Erwartungen im Verlaufe der Konferenzen auf das Beträchtlichste herabgedrückt worden und wurden dieses noch mehr durch die Eröffnungen von Severoli in der letzten Konferenz. Insbesondere musste man sich zu Wien sagen, dass auch die jetzt von der Kurie vorgeschlagene einfachere Vereinbarung an deren zu hoch gespannten Ansprüchen scheitern werde, und darum zog man es vor, mit Rom gar nicht erst in neue vergebliche Unterhandlungen einzutreten, zumal der Nutzen, der im glücklichsten Falle beim Zustandekommen einer solchen Vereinbarung für den Kaiser resultirte, nur ein äusserst geringer sein konnte. Wäre doch namentlich die Kurie durch eine derartige kurze Abmachung nicht gehindert worden, mit den einzelnen Fürsten über die kirchlichen Verhältnisse in ihren Territorien noch besonders zu paktiren, was man gerade in Wien durch die Aufstellung eines allgemeinen, Alles umfassenden Concordates hatte vermeiden wollen. In diesem Entschlusse sich auf nichts weiter einzulassen wurde der Wiener Hof auch noch bestärkt durch das Misslingen der sogleich zu besprechenden Sonderabmachungen mit dem Kurfürsten Erzkanzler. Dalberg hatte nämlich, sobald ihm nach den ersten Konferenzen das voraussichtliche Scheitern der Verhandlungen klar geworden war, ein kurzes „Projectum Concordati ad solas determinationes ex novissima lege Imperii necessarias restricti", unter Benutzung des Frank'schen Entwurfes, soweit er selbst von diesem Kenntniss hatte, ausarbeiten lassen, in welchem ein Eingehen auf alle irgendwie bedenklichen Punkte nach Möglichkeit vermieden und hauptsächlich die Circumscription der Diöcesen, die Dotationen und die Besetzung der bischöflichen Stühle ins Auge gefasst war. Diesen Entwurf hatte er nach Wien gesandt, und dort war derselbe einer Prüfung unterzogen und, unter Zustimmung in vielen Punkten, eine andere Redaktion [1]) desselben vorgenommen worden, wie aus den im Wiener Archiv befindlichen Akten hervorgeht. Es mögen dann darüber auch noch in Regensburg mit dem Kurfürsten Erzkanzler, und zwar in der langen Pause zwischen der achten und neunten Konferenz, Berathungen gepflogen sein, die jedoch, trotz der theil-

[1]) Bei der Umarbeitung des Dalberg'schen Entwurfes befindet sich die früher mitgetheilte Aufzählung der Bisthümer.

weisen Uebereinstimmung, absolut zu keinem Resultate führten und auch zu keinem Resultate führen konnten, weil die Interessen des Kaisers und des Erzkanzlers in vielen Beziehungen unvereinbar waren. Die Allgemeine Zeitung, deren Angaben in dieser Hinsicht durch verschiedene Auslassungen in den von mir benutzten Gesandtschaftsberichten bestätigt werden und die deshalb hier mehr Glaubwürdigkeit verdient, berichtet darüber: „Herr v. Kolborn reiste von Wien ab und ging nach Regensburg zurück; hier unterhandelte man neuerdings, und der Kurerzkanzler wohnte selbst einer langen Konferenz bei, welche bei dem kaiserl. Gesandten, Herrn v. Hügel gehalten wurde. Doch der Erfolg war eben so wenig befriedigend, als bei den vorhergehenden Konferenzen. Man brach daher die Unterhandlungen ab."

Seitdem der Wiener Hof die Ueberzeugung gewonnen hatte, dass eine Verständigung mit der Kurie nur zu erzielen sein würde auf Grund der weitgehendsten Zugeständnisse, die er weder machen konnte, noch machen wollte, entschloss er sich immer mehr, den Concordatsbestrebungen gegenüber eine reservirte Haltung einzunehmen und trat in der Folge mit direkten Anträgen an die Kurie nicht mehr hervor. War man doch ausserdem auch in Wien zu der Erkenntniss gelangt, dass, selbst wenn man seine bessere Ueberzeugung opfern und der Kurie Zugeständnisse machen wollte, eine Annahme der mit dieser zu erzielenden Vereinigung durch den Reichstag an dem Widerspruche der meisten Reichsstände [1]), vor Allen Preussens,

[1]) Wie die meisten deutschen Staaten über das Reichsconcordat dachten, wusste man in Wien sehr wohl. So wird in einem vom 2. März 1804 datirten Aufsatz von der Hand des Grafen Stadion gesagt: Es sei bekannt, dass die Gesinnungen der deutschen Reichsstände dem Concordat als einem allgemeinen Reichsgesetz nicht geneigt seien. „Sie sind ihm entgegen unter zweifachem Gesichtspunkt, weil es ihre Pläne erstens gegen die Hierarchie und die Unabhängigkeit der katholischen Religionsverhältnisse, zweytens gegen die in Teutschland noch bestehende oberste Staatsgewalt hindert. Sie wollen über die Religion, wie über andere abhängige Institute disponiren, und in ihren Reichslanden wie unabhängige Souveräne verfahren." Es werde daher äusserst schwer werden, das Concordat durchzusetzen, und es gebe nur zwei Mittel, dieses zu erzielen: „Eine Auctorität, die sie ehren und fürchten müssen, und die ihnen das allgemeine Gesetz auferlegt; und eine solche Klarheit und Einfachheit des Gesetzes selbst, dass sie solches, ohne sich dem bestimmten Vorwurf übler Absicht bloszustellen, nicht verwerfen können." Ob und wie

scheitern und dadurch der Eintritt der drohenden Katastrophe des Zerfalles des deutschen Reiches vielleicht nur noch beschleunigt werden würde. Und gerade weil man sich der immer mehr sich aufdrängenden Ueberzeugung nicht ferner verschliessen konnte, dass die Tage dieses altersschwachen Reiches gezählt seien, hielt man es wohl auch für überflüssig, im Namen des Reiches mit der Kurie noch einen Vertrag zu schliessen, der doch bald gegenstandslos werden musste. So liess man denn die Dinge gehen, wie sie wollten, und konnte das um so eher, als auch die von Frank bei Severoli in Anregung gebrachte Mittheilung eines römischen Concordatsentwurfes nicht erfolgte und, soweit ersichtlich, von der Kurie überhaupt keine weiteren Versuche zu einer Verständigung mit dem Wiener Hofe gemacht wurden.

In demselben Maasse, wie sich der Wiener Hof zurückzog, trat der Kurfürst Erzkanzler mit seinen Concordatsprojekten in den Vordergrund. Da er aber sehr wohl einsah, dass es ihm allein nicht gelingen werde, die entgegenstehenden Hindernisse aus dem Wege zu räumen, so sah er sich nach fremder Hülfe um und suchte und fand dieselbe bei Frankreich. Die Anwesenheit Napoleons in Mainz im Herbst 1804 gab ihm die erwünschte Gelegenheit, diesem sein Anliegen vorzutragen [1]), und nur zu leicht erhielt er die Zusicherung der französischen Vermittelung in der deutschen Concordatsangelegenheit. Dieselbe sollte — so wurde mit Talleyrand vereinbart — gelegentlich des demnächstigen Aufenthaltes des Papstes in Paris zur Erledigung gebracht werden. In der That gelang es auch, trotz des

---

das erste Mittel angewandt werden könne, das hänge von politischen Konjunkturen ab. Vieles sei schon gethan, wenn vermieden werde, „dass Preussen nicht durch sein direktes Interesse zum Widerspruch gereizt wird."

[1]) Dass Dalberg zu seiner Reise nach Mainz wesentlich mit durch diesen Umstand bewogen wurde, gesteht er selbst in einem an den Kardinallegaten Caprara gerichteten Schreiben v. 27. September 1804 zu. Der Ritter von Lebzeltern hatte Gelegenheit, den Bericht Caprara's hierüber nach Rom zu lesen und meldete unterm 1. November 1804 nach Wien, Dalberg habe in seinem Schreiben besonders hervorgehoben, „que sa reconnoissance, son attachement, son zèle pour la religion catholique et le St. Siège l'avoient engagé à venir à Mayence pour y voir l'Empereur des Français, qui comme Puissance mediatrice pouvoit coopérer à regler et conclure le Concordat pour l'Allemagne sur des bases solides."

heftigen Widerstrebens des Papstes, Ende 1804 und Anfang 1805 mehrere Konferenzen abzuhalten über einen von Dalberg vorgelegten Concordatsentwurf.[1]) Das war aber auch das Ganze, was der Kurfürst Erzkanzler erreichte. Denn im Uebrigen gaben die an den Konferenzen betheiligten Kardinäle in Uebereinstimmung mit dem Papste die Erklärung ab, sie könnten an dieser Stelle keine Entscheidung treffen und müssten Alles der Regensburger Verhandlung überlassen. Doch solle sogleich nach der Rückkehr nach Rom ein Nuntius nach Regensburg abgesandt werden. Derselbe werde einen römischen Entwurf mitbringen und mit Dalberg darüber beschliessen, welcher von beiden Entwürfen zur Unterlage der Reichstagsverhandlungen zu machen sei. Die Kurie aber, die froh war, auf diese Weise der Gefahr eines unter französischer Aegide zu schliessenden Concordates entronnen zu sein, dachte während der nächsten Zeit gar nicht an die Absendung eines Nuntius, und als sie sich dann endlich in Folge des Drängens von Dalberg gegen Mitte des Jahres 1806 entschloss, della Genga nach Regensburg zu senden, da kam dieser zu spät, und die Concordatsfrage wurde durch den Zusammensturz des Reiches gelöst.

[1]) Vergl. über die Pariser Verhandlungen, auf welche näher einzugehen nicht im Bereiche meiner Aufgabe liegt, insbesondere v. Sicherer, a. a. O., S. 86 ff.

DAS KONTRAHIEREN

MIT OFFENER VOLLMACHT.

VON

SIEGMUND SCHLOSSMANN.

I.

Einleitung.

Ob die Anwendbarkeit der actio institoria, quasi institoria und exercitoria ein Handeln „im Namen" des Herrn, ein Kontrahieren mit „offener Vollmacht" voraussetze, oder ob es genüge, dass der institor und magister navis nur innerhalb des Kreises der ihm von dem Herrn übertragenen Geschäfte thätig geworden ist; ob der Dritte also sich jener Aktionen auch dann bedienen könne, wenn ihm die Absicht des institor und des magister, für seinen Herrn zu handeln, nicht kund gethan, auch sonst nicht bekannt geworden, ihm vielleicht sogar ganz verborgen geblieben war, dass sein Mitkontrahent institor oder magister eines Anderen sei, — über diese Fragen besteht noch heute ein ungeschlichteter Streit.

Der herrschenden Meinung, welche sich im ersten Sinne entschieden hatte, trat zum ersten Male Mandry[1]) und im Anschluss an ihn Elsässer[2]) energisch entgegen. Aber abgesehen von Hellmann[3]), und von Brinz, welcher, ursprünglich ein Anhänger der herrschenden Lehre, sich später zu Mandry's Ansicht bekehrte[4]), blieb der Widerspruch ohne Einfluss auf die Theorie und auf die Praxis der Gerichte. Nach wie vor finden wir in der seitdem erschienenen Litteratur die alte Meinung mit den alten Gründen vertreten. In einem Urtheil vom 2. Oktober 1880[5]) hat das Reichs-

---

[1]) Krit. V, JSchr. XIV (1872) S. 395 ff. in der Recension von Brinz Pand., und gem. Familiengüterr. II (1876) S. 600 ff.

[2]) Ueber die institorische Klage (Tübingen 1875) S. 17 ff.

[3]) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften (1882) S. 80 ff.

[4]) Pand. II (2. Ausg. 1879) S. 224 ff.

[5]) Entsch. des RG. II S. 166 ff. (vgl. auch das Urth. des OLG. Rostock v. J. 1884 in Seuff. Arch. B. XLII Nr. 13.)

gericht die Ansicht, dass a. institoria und quasi institoria nur stattfinde, „sofern das Auftragsverhältniss beim Abschluss des Vertrages erkennbar geworden“, der Entscheidung zu Grunde gelegt, ohne des gegen sie erhobenen Widerspruches zu gedenken; und nur Mitteis[6]) hat es für nöthig erachtet, die angegriffene Position mit neuen Gründen zu vertheidigen. Dennoch halte ich die Opposition gegen die herrschende Lehre für vollauf berechtigt und auch die neuerlich versuchte Begründung derselben nicht für stichhaltig.

Wenn ich im Folgenden den Kampf noch einmal aufnehme, so thue ich es in dem Glauben, dass die früher gegen die gemeine, sowie die zu Gunsten der gegentheiligen Meinung geltend gemachten Argumente sich noch ausgiebiger verwerthen lassen, als seither geschehen, und dass, was nach beiden Richtungen hin sich anführen lässt, von Mandry und seinen Streitgenossen noch nicht erschöpft worden sei.

Die hier von neuem angeregte Frage ist nicht lediglich von historischem Interesse, wie man vielleicht unter Hinweis darauf behaupten könnte, dass das unser heutiges Recht beherrschende System der sogenannten unmittelbaren Stellvertretung das Recht der institorischen und der exercitorischen Klage absorbiert habe. Vielmehr kommt ihr eine hervorragende praktische Bedeutung zu. Denn die Unanwendbarkeit dieses Rechtes würde sich nur dann behaupten lassen, wenn ein Kontrahieren im Namen des Prinzipals wirklich die Voraussetzung jener Aktionen bildete. Im entgegengesetzten Falle wäre kein Grund, seine fortdauernde Geltung für alle diejenigen Fälle zu bezweifeln, in welchen ein institor[7]) ohne Hinweis auf seine Vollmacht kontrahiert hätte. Mit der Widerlegung der herrschenden Meinung würde ein irrthümlich für obsolet gehaltener Grundsatz des römischen Rechtes, der Satz nämlich, dass auch bei sogenannter stiller Stellvertretung der Prinzipal dem Dritten hafte, für das geltende Recht gerettet und eine Lücke in diesem, von deren Bestehen man sich selten Rechenschaft gegeben, die aber doch unter Umständen sich empfindlich geltend machen kann, ausgefüllt sein.

---

[6]) Die Lehre von der Stellvertretung (1885) S. 25—32.

[7]) Ich spreche im folgenden in der Regel im Interesse der Kürze nur vom institor, weil, was von ihm gilt, regelmässig auch für den quasi institor und den magister navis wahr ist.

An diesem Ort soll indess unsere Frage in ihrem Zusammenhange mit dem heutigen Recht der Stellvertretung nicht weiter verfolgt werden.[8]) Das ist in erspriesslicher Weise nur im Rahmen einer diese ganze Rechtsmaterie umfassenden Erörterung möglich. Die folgende Untersuchung will sich allein mit dem rein römischen Recht befassen. Auch sollen hierbei nicht alle seither für und wider angeführten Argumente von neuem zur Erörterung gelangen. Eine Reihe von Quellenstellen, auf welche die herrschende Lehre sich zu stützen pflegte, ist von ihren Vertretern selbst als beweisunkräftig preisgegeben worden; auf sie wird nicht wieder zurückzukommen sein. Im übrigen beschränke ich mich auf den Versuch, die bisher noch nicht oder nicht ausreichend widerlegten Gründe der Gegner aus dem Wege zu räumen, und eine Reihe bisher, soviel ich sehe, noch nicht geltend gemachter Momente gegen sie ins Treffen zu führen. —

Durch den Nachweis, dass die von den Gegnern angeführten Quellenzeugnisse ein Kontrahieren im Namen des Prinzipals in Wahrheit nicht fordern, wird die Möglichkeit allerdings nicht völlig ausgeschlossen, dass jene Art des Kontrahierens, (die, wie ich freilich nicht bezweifle, im Verkehr der Römer, abgesehen von Formalkontrakten, thatsächlich die Regel gebildet haben wird,) dennoch ein rechtlich nothwendiges Thatbestandsmerkmal für a. institoria gewesen wäre. Darum wird auch der Beweis zu unternehmen sein, dass diese actio durch jenes Erforderniss nicht bedingt sein konnte und nicht bedingt war.

II.

Nachweis, dass die von den Vertheidigern der herrschenden Lehre angeführten Quellenzeugnisse sie nicht rechtfertigen.

Ich wende mich zunächst zur Prüfung derjenigen Stellen, welche hauptsächlich als Stützen der herrschenden Meinung benutzt worden sind.

1. L. 1 § 9 de exerc. a. 14. 1. Ulpian. l. XXVIII ad edictum.

[8]) Es kann daher hier auf die hinsichtlich der heutigen Geltung des Rechts des a inst. abweichenden Ausführungen von Elsässer a. a. O. S. 70 ff. nicht näher eingegangen werden.

Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio, et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat,

eine Stelle, auf welche namentlich Thöl [9]) ein ganz besonderes Gewicht legt. Zwar ist sie in neuerer Zeit von mehreren Vertretern der herrschenden Lehre preisgegeben worden, unter der Annahme, dass das hier geforderte Kontrahieren im Namen des Rheders nur für den in ihr erörterten Fall einer vom Schiffer begangenen Unterschlagung gelte. Dennoch dürfte sich eine genauere Analyse der Stelle empfehlen; denn solange der Grund nicht ermittelt ist, warum gerade für diesen Fall das Erforderniss gelten solle, wird eine Berufung auf sie immer möglich bleiben.

Zum vollen Verständniss unseres Fragmentes ist es nöthig, es in seinem Zusammenhange mit dem vorangehenden und den folgenden Paragraphen zu betrachten.

In § 7 [10]) stellt Ulpian als Princip des Ediktes hin, der Rheder hafte nur aus denjenigen Geschäften des Schiffers, welche dieser mit Bezug auf den ihm übertragenen Geschäftskreis geschlossen hat, und untersucht in den folgenden §§, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Zusammenhang anzunehmen sei. Er führt zunächst als Beispiele eine Reihe von Geschäften an, welche schon äusserlich auf den ersten Blick ihre Beziehung auf jene Geschäftssphäre erkennen lassen: Abschluss von Frachtkontrakten, Ankauf von für die Schifffahrt dienlichen Dingen (von Ausrüstungsgegenständen, Schiffsproviant u. s. w.), Bestellung von Schiffsreparaturen, Heuerung von Schiffspersonal.

---

[9]) Handelsrecht I (6. Aufl.) § 74 Note 13 (S. 254).

[10]) *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cui (us) ibi praepositus fuerit, id est, si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.*

In § 8[11]) wird dann untersucht, ob auch auf einen mit dem Schiffer geschlossenen Darlehnskontrakt die exercitorische Klage gegründet werden könne. Die Frage ist berechtigt, weil einem solchen eine Beziehung auf das Schiff nicht in derselben Weise anzumerken ist, wie den in § 7 erwähnten Geschäften, bei denen die Zweckbestimmung sich von vornherein in dem Inhalt der Leistung ausprägt. Während in anderen Fällen der Dritte selbst für die Zwecke des Rheders thätig wird (z. B. durch Lieferung von Schiffsausrüstung, Proviant, Vornahme von Reparaturen), schiesst er hier nur Gelder vor, — eine Leistung, welche ebensowohl auch den eigenen Zwecken des Schiffers oder irgend eines Dritten dienen könnte. Bei dem Darlehn bedarf es daher noch eines besonderen Nachweises der Leistung für eine *res cui magister praepositus est.*

Mit der gleichen Frage beschäftigen sich nun mit Rücksicht auf eine besondere thatsächliche Gestaltung des Falles noch § 9 und 10. — § 11 behandelt endlich die Frage, ob auch ein Darlehn, welches der Schiffer aufgenommen, um ein für präpositionsmässige Zwecke anderweitig aufgenommenes Darlehn zurückzuzahlen, noch die a°. exercitoria begründe.[12])

Man bemerke hierbei, wie hier überall, nur abgesehen, wie es den Anschein hat, von § 9, Ulpian für die von ihm berührten Thatbestände nur den Zusammenhang mit dem durch die praepositio bestimmten Geschäftskreise untersucht, und wie seine Betrachtung von Geschäften, welche ihn unmittelbar erkennen lassen, zu solchen fortschreitet, bei denen diese Zweckbeziehung durch eine stets grössere Zahl von Zwischengliedern vermittelt erscheint. Bei der ersten Gruppe (§ 7) ist die von dem Dritten zu beschaffende Leistung zu unmittelbarer Befriedigung der Zwecke des Rheders, wie sie der Schiffer anstreben soll, bestimmt und geeignet; es handelt sich dabei um Naturalleistungen. Die zweite Gruppe (§ 8) soll dem Schiffer die Mittel

---

[11]) *Quid si mutuam pecuniam sumpserit. an eius rei nomine videatur gestum? et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?*

[12]) *Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.*

verschaffen, um ihm den Abschluss eines Geschäfts der ersteren Art mit Anderen zu ermöglichen. Die dritte Gruppe (§ 11) soll ihm die Mittel bereit stellen, um einen Andern, der durch Abschluss eines Geschäfts der zweiten Gruppe zur Erreichung seiner Zwecke behülflich war, abzufinden.[13])

Von dem Erforderniss des Kontrahierens im Namen des Rheders findet sich nun in §§ 7. 8. 11 keine Spur. Nur § 9 soll es enthalten in den Worten *„si hac lege accepit, quasi in navem impensurus"*, und zwar, wie ein Theil der Vertheidiger der herrschenden Lehre behauptet, für alle Fälle, — wie andere unter ihnen als möglich, ihre Gegner aber als sicher behaupten, wenigstens für den Fall des unredlichen Schiffers.

Eine genauere Betrachtung lässt aber eine Benutzung der Stelle nach der einen oder andern Richtung überhaupt sehr bedenklich erscheinen, weil sie so, wie sie in den Pandekten steht, an inneren Widersprüchen leidet.

Ofilius wirft die Frage auf — so heisst es in der Stelle — ob, wenn der Schiffer ein Darlehn zum Zwecke der Reparatur des Schiffes aufgenommen und das Geld dann für sich verwendet hat, gegen den Rheder die a°. exercitoria gegeben werde. Seine Antwort unterscheidet nach Ulpians Bericht zwei Fälle, welche, abgesehen von den von ihm hervorgehobenen, sie unterscheidenden Thatbestandsmerkmalen die in der Frage angegebenen mit einander gemein haben müssen, nämlich: die Aufnahme des Geldes für Reparatur des Schiffes und die Unterschlagung desselben durch den Schiffer. Die Art jedoch, wie die beiden Fälle im einzelnen charakterisiert werden, steht im Widerspruch mit dem vorangestellten gemeinschaftlichen Thatbestande.

Man kann die Worte *„ad reficiendam navem"* entweder lediglich von dem Motiv der Darlehnsaufnahme schlechthin verstehen oder von einem bei Abschluss des Kontraktes ausgesprochenen Motiv. Versteht man sie im ersteren Sinne, dann enthält die Beschreibung des zweiten Falles gerade die Verneinung des ersten der beiden in der Frage ausgedrückten gemeinschaftlichen Momente. *„Ab initio con-*

[13]) In diese Kategorie würde auch die Uebernahme einer Bürgschaft oder eine Verpfändung gehören, durch welche dem Schiffer die Erlangung von Kredit bei einem Dritten ermöglicht werden soll.

silium cepit fraudandi creditoris" — er hat von vornherein das Geld unterschlagen wollen, es also nicht „ad reficiendam navem" aufgenommen. Die Täuschung liegt darin, dass er über den Zweck des Darlehns gar nichts verlauten, und den Darleiher glauben lässt, es handle sich um ein Darlehn für das Schiff, für das ihm der Rheder haftet.

Sieht man in dem „*mutuari ad reficiendam navem*" ein Kontrahieren mit Angabe des Motivs, so ist für den ersten der beiden Fälle dieses Moment überflüssigerweise wiederholt (*si hac lege etc.*) und für den zweiten Fall wiederum verneint (*et si non specialiter expresserit etc.*)

Auch in anderer Beziehung entbehrt die Stelle des logischen Zusammenhanges. Ofilius will offenbar die verschiedenen besonderen Gestaltungen, in welchen der von ihm betrachtete Thatbestand auftreten kann, erschöpfend erörtern. In Wahrheit haben wir aber in der Stelle nur je ein Glied aus sich kreuzenden Eintheilungen vor uns, und die Unterscheidung ist mit Rücksicht auf zwei von einander unabhängige Eintheilungsgründe gegeben. Die beiden Fälle unterscheiden sich dadurch, dass 1) in dem ersten die Absicht das Geld für das Schiff zu verwenden ausgedrückt, in dem zweiten nicht ausgedrückt ist; 2) in dem ersten jene Absicht anfänglich vorhanden und erst hinterher aufgegeben, in dem zweiten von vornherein nicht vorhanden ist. Hiermit sind aber die im Falle der Unterschlagung der vom Schiffer aufgenommenen Darlehnssumme denkbaren Fälle offenbar nicht erschöpft.[14])

[14]) Folgende Uebersicht würde alle bei Aufnahme eines Darlehns zum Zwecke der Schiffsreparatur möglichen Fälle erschöpfen:

I. Der Schiffer kontrahiert ohne Angabe des Zweckes;
   1. er verwendet das Geld für das Schiff,
   2. er verwendet das Geld für sich. Hier kann er anfänglich entweder die Absicht gehabt haben,
      a) das Geld für das Schiff zu verwenden oder
      b) es für sich zu verwenden.

II. Der Schiffer kontrahiert mit Angabe des Zweckes;
   1. er verwendet das Geld für das Schiff;
   2. er verwendet es für sich; hier kann er ursprünglich die Absicht gehabt haben,
      a) es für das Schiff zu verwenden
      b) es für sich zu verwenden.

Von allen diesen Fällen sind in l. 1 § 9 cit. allein die Fälle I 1, a und II 1, b erörtert.

Dieser in mehrfacher Beziehung fehlerhafte Inhalt der Stelle begründet den dringenden Verdacht einer Interpolation, welcher noch durch sprachliche Gründe verstärkt wird: der quod-Satz anstatt des Acc. c. inf.[15]) und das *'specialiter exprimere'*[16]) sind Lieblingswendungen Justinians, und auch das *'hoc'* und *'et non'* dürften nicht ganz unverdächtig erscheinen.

Was an der Stelle echt ist, lässt sich natürlich nicht sicher entscheiden. Aber eine Vermuthung über den eigentlichen Gedanken des Ofilius ist vielleicht möglich.

Ist vom Schiffer ein Darlehn aufgenommen und das Geld für das Schiff verwendet, dann ist mit letzterer Thatsache der Zusammenhang des Geschäftes mit einem präpositionsmässigen Zweck festgestellt. Ist das Geld nicht für das Schiff verwendet, dann könnten nur zwei andere Kriterien für die Beurtheilung der Frage nach jenem Zusammenhange in Betracht kommen: entweder die innere Absicht des Schiffers oder seine Erklärung bei Aufnahme des Darlehns. Die innere Absicht ist ein direkt niemals, indirekt schwer erweisbares Moment, dessen Erforschung daher nur zu höchst unsicheren Resultaten führen würde. Es wird daher lediglich das andere, äusserlich greifbare in Betracht zu ziehen sein. Hat der Schiffer das Geld für Schiffszwecke gefordert und erhalten, dann haftet der Herr, auch wenn die Verwendung für sie nicht stattgefunden (gleichviel übrigens, ob er es unterschlagen hat, oder aus anderen Gründen die Verwendung unterblieben ist). Hat er das Geld weder für die Zwecke des Rheders verwendet, noch auch erklärt, er nehme es für solche auf, dann fehlt es an jedem Grunde den Herrn haften zu lassen; der Darleiher kann sich dann nur an den Schiffer halten.[17]) Demnach würde es bei einem nicht für das Schiff verwendeten Darlehn nicht darauf ankommen, ob die Unterschlagungsabsicht von vornherein obwaltete oder ob sie später gefasst ward, sondern nur darauf, ob das Geld im Namen des Herrn oder ohne Hinweis auf ihn aufgenommen war.

---

[15]) Vgl. Kalb, Juristenlatein S. 81.

[16]) Eisele in Zsch. der Sav. St. X S. 301.

[17]) Dieses äussere Moment des Erklärens ist in gleicher Weise und wohl auch aus gleichen Gründen massgebend bei dem Erwerb eines servus communis. (Vgl. Salkowski, z. L. vom Sklavenerwerb S. 73.)

Die gleiche Unterscheidung wird gerechtfertigt sein, wenn der Schiffer einen Theil der Darlehenssumme unterschlagen hat, — ein Fall, der in § 10 besprochen wird.

Sed et si in pretiis rerum emptarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris.

Der Schiffer will für präpositionsmässige Zwecke Anschaffungen machen, und borgt sich hierzu Geld. Er fordert aber von dem Darleiher mehr, als er braucht, unter der Vorspiegelung, die von ihm benöthigten Gegenstände kosteten gerade soviel als er fordert; den Mehrbetrag verwendet er für sich. Hier haftet der Herr für die ganze Summe. Hat er aber gar nicht im Namen des Herrn kontrahiert, dann haftet der Rheder nur für den wirklich verwendeten Theil des Geldes. —

Ist hier der wahre Grund gefunden, warum gerade bei dem unredlichen Schiffer es darauf ankommt, ob er in fremdem Namen kontrahiert hat oder nicht, so ist damit der l. 1 § 9 cit. alle Beweiskraft entzogen. Ja noch mehr: wäre nicht ihre Echtheit so zweifelhaft, so dürften wir ihr ein argumentum a contrario für die Behauptung entnehmen, dass regelmässig das Bestehen eines objektiven Zusammenhanges des Geschäfts mit einem präpositionsmässigen Zweck zur Begründung der a. exercitoria genüge, und zugleich dürften wir dann die Nichterwähnung des Kontrahierens im Namen des Herrn in den §§ 7, 8, 11 im Gegensatz zu der besondern Hervorhebung dieses Moments in § 9 zu Gunsten unserer Meinung deuten.

2. L. 7. pr. de exerc. a. Africanus l. VIII. quaestionum.

Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse; quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse) ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe

aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

Diese Stelle wird namentlich von Zimmermann[17a] für schlechthin zu Gunsten der herrschenden Meinung entscheidend erachtet.

Obwohl Mandry (a. a. O. S. 604) den m. E. richtigen Gesichtspunkt für ihre Erklärung bereits angedeutet hat, so ist doch auch in Betreff ihrer eine ausführlichere Erörterung erforderlich.

Auch hier wiederum handelt es sich um ein von dem Schiffer aufgenommenes Darlehen. Der Grund, warum gerade das Darlehen zu Zweifelsfragen und eingehenderer Betrachtung den römischen Juristen Anlass gegeben hat, ist nach den Ausführungen zu l. 1 § 9 h. t.[18]) klar. Geld ist ein Gut von in gewissem Sinne abstraktem Charakter, indem es nicht selbst zur Befriedigung bestimmter Gebrauchszwecke dient, vielmehr das allgemeine Tauschgut bildet, durch das man sich die zur Befriedigung aller möglichen Gebrauchszwecke erforderlichen Mittel verschaffen kann. In diesem Sinne wohnt auch dem Gelddarlehn ein abstrakter Charakter bei.

Wenn nun allein ein für die Zwecke des dem Schiffer übertragenen Geschäftskreises geschlossener Vertrag die a. exercitoria gegen den Rheder begründet, so wird der Nachweis des Zusammenhanges eines vom Schiffer geschlossenen Darlehnskontraktes mit jenen Zwecken unter Umständen besondere Schwierigkeiten bereiten können. Kauft er Gegenstände für die Schiffsausrüstung, schliesst er Heuer- und Frachtverträge, lässt er an dem Schiffe selbst Reparaturen vornehmen, so wird der Inhalt der ihm gemachten oder von ihm bedungenen Leistungen regelmässig den Zusammenhang von präpositionsmässigen Zwecken mehr oder weniger sicher erkennen lassen. Ein Darlehnskontrakt ist farblos; man sieht ihm nicht an, für wen und für welche Zwecke das Darlehn genommen ist. Wer dem Schiffer Geld borgt, muss daher besonders darauf bedacht sein, sich den künftigen Beweis des erforderlichen Zusammenhanges zu sichern. Hauptsächlich

[17a]) Die Lehre v. d. stellvertretenden negotiorum gestio S. 108.

[18]) Vergl. oben S. 221 (7).

mit der Frage, wie dies am besten geschehe, beschäftigt sich unsere Stelle. Sie enthält die Beantwortung einer Quaestio über folgenden Fall. Ein Schiffer nimmt ein Darlehn auf, und bekennt in dem Schuldschein ausdrücklich, das Geld zur Reparatur empfangen zu haben. Der Darleiher wünscht zu wissen, ob er, um mit der a. exercitoria durchzudringen, beweisen müsse, dass es auch in der That zur Reparatur verwendet worden sei.

Aus dem vorgetragenen Thatbestand und der Fassung der Quaestio schon ergiebt sich von vornherein, dass der Jurist sich unmöglich mit der Frage beschäftigt haben kann, ob der Schiffer im Namen des Rheders kontrahiert haben müsse. Angenommen, dies wäre ein Erforderniss der a. exercitoria gewesen, so würde sich doch jedes Eingehen auf diesen Punkt völlig erübrigt haben, da es ja in der Frage bereits als vorhanden vorausgesetzt ist und der Jurist den Fall in dieser konkreten Gestalt überall vor Augen hat.

Die an die Frage sich anschliessende Erörterung enthält nun eines Theils eine präzise Beantwortung der Quaestio, verbreitet sich aber auch, — wie in Quästionen so häufig — über verwandte Punkte.

Der Kern der von Julian ertheilten Antwort ist enthalten in den Worten *creditorem — deberet* und *quasi — actionem dari.* Die Klage des Gläubigers wird erfolgreich sein, wenn das Schiff auch wirklich reparaturbedürftig und in dem Umfange reparaturbedürftig war, dass der als Darlehn gewährte Betrag zur Bestreitung der Kosten erforderlich erscheint.

Hiermit verneint Julian also mittelbar die Frage, ob auch die Verwendung des Geldes zu dem vom Schiffer bezeichneten Zwecke zur Begründung der a. exercitoria erheischt werde. Es kommt nur darauf an, dass der Abschluss des Darlehenskontraktes innerhalb des Kreises der ihm übertragenen Geschäfte liege. Das trifft aber nur zu, wenn das Bedürfniss zur Aufnahme des Geldes in Wahrheit besteht. Der magister ist nicht zum Abschluss von Darlehnsgeschäften schlechthin, sondern nur von solchen, die durch präpositionsmässige Zwecke erforderlich werden, ermächtigt.

Die übrigen Ausführungen Julians enthalten einen Exkurs,

dessen Tendenz wir am besten aus dem Schluss des mit dem pr. in engem Zusammenhang stehenden § 1[19]) ersehen können.

„In summa aliquam diligentiam in ea (re) creditorem debere praestare“. „Überhaupt muss der Gläubiger bei Gewährung eines Darlehens an den Schiffer eine gewisse Sorgfalt anwenden;“ — natürlich in eigenem Interesse, nämlich um der Erlangung eines klagbaren Anspruches gegen den Rheder sicher zu sein. In diesem Satze wird also etwas verallgemeinert, was vorher in speziellen Anwendungen vorgetragen war. Am klarsten würde der Zusammenhang des Vertrages mit dem Vollmachtskreise erhellen, wenn das Geld zur Reparatur des Schiffes wirklich verwendet wäre. Aber dies zu beweisen würde dem Gläubiger nur dann möglich sein, wenn er selbst die Reparatur besorgt und bezahlt hätte. In jedem anderen Falle würde es unerweislich sein, ob gerade die Geldstücke, welche er dem Schiffer gegeben, oder solche Werthe, die dieser ihnen surrogiert hätte, zur Bezahlung der Reparaturkosten verwendet worden sind. Einen Beweis aber, den der Gläubiger nur durch Übernahme einer solchen Last sich ermöglichen könnte, darf man von ihm nicht verlangen; er geht völlig sicher, wenn er sich die Überzeugung von der Reparaturbedürftigkeit und der Höhe der zur Reparatur erforderlichen Kosten verschafft hat. Dann wird er künftig in der Lage sein, diese Momente beweisen zu können, und damit wird der zur Begründung der a. exercitoria erforderliche Zusammenhang des Geschäftes mit dem präpositionsmässigen Zwecke ausreichend erwiesen sein.

Das *‚scire‘*, welches vom Gläubiger gefordert wird, ist also mit nichten als eine Voraussetzung für die Anstellbarkeit, sondern nur für die erfolgreiche Durchführung der a. exercitoria hingestellt. — Wer die Stelle anders versteht, der müsste folgerichtig ausser der Kenntniss der Reparaturbedürftigkeit des Schiffes in dem Falle des § 1 auch noch das Wissen um die Möglichkeit der Beschaffung eines Segels

---

[19]) *Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id propter quod credebatur comparari potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eius modi insula pecuniam quid crediderit, in qua omnino velum comparari non potest. et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare.*

am Ort des Vertragsschlusses als Voraussetzung der a. exercitoria fordern.

Dass § 2 unserer Stelle, welcher die in § 1 enthaltene Erörterung lediglich fortsetzt, in demselben Sinne wie dieser verstanden werden muss, und ihm irgend eine selbstständige Bedeutung, wie Zimmermann (a. a. O. S. 110) sie für ihn in Anspruch nimmt, nicht zukommt, liegt nach den vorangehenden Ausführungen auf der Hand.

3. Gaius Inst. IV § 70.

Inprimis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit: et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. § 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam . . (cf. § 1. 2 J. quod cum eo 4, 7.)

Dass diese von Vielen zum Beweise der herrschenden Lehre herangezogene Stelle ihr eine Stütze nicht zu gewähren vermöge, hat namentlich Elsässer (a. a. O. S. 29 ff.) ausführlich und treffend dargelegt. Seinen Argumenten mag nur das eine noch hinzugefügt werden: auch für die a°. de peculio wird von römischen Juristen der rechtspolitische Grund darin gefunden, dass der Mitkontrahent des Sklaven im Hinblick auf das peculium und in dem Vertrauen, künftig aus ihm befriedigt zu werden, kontrahiere. (vgl. l. 19 § 1 de pec. 15, 1, l. 32 pr. eod.,) während doch der Herr bekanntlich mit dem peculium auch demjenigen haftet, der von der Existenz desselben keine Kenntniss hatte.

4. Einen fast vollständigen Beweis für die herrschende Ansicht findet Mitteis (a. a. O. S. 29) in l. 5 § 17 de inst. a^e^. Ulpian. l. XXVIII. ad edictum:

Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit, et heres ei exstiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit, nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.

Der Gewerbtreibende, der einen institor für sein Geschäft bestellt hatte, ist gestorben. Der Erbe lässt das Geschäft durch denselben institor weiter betreiben. Er wird nicht nur aus den nach dem Antritt[20]) der Erbschaft, sondern auch aus den während des Ruhens derselben von dem institor geschlossenen Geschäften obligiert.

„Wie soll es sich“ — fragt Mitteis — „erklären, dass man nach dem Tode des dominus und vor Antritt seiner Erbschaft dem Handelsgläubiger die institoria nur dann gab, wenn er nichts vom Tode des dominus wusste, und auch dies nur aus Gründen der Billigkeit? Wenn überhaupt der dritte Kontrahent von der Existenz des dominus gar nichts zu wissen brauchte, so liegt auf der Hand, dass der Kontrahent, der die Existenz eines Prinzipals gekannt und nur von seinem Tode nichts erfahren hatte, juristisch gar keine grössere Berücksichtigung verdiente, als jene, welche von seiner Existenz nie etwas erfahren hatten. Das Wissen des ersteren von dem Vorhandensein des Prinzipals war etwas völlig unwesentliches gewesen; es lag also gar kein Grund vor, ihn ob seiner Meinung, der Prinzipal sei noch am Leben, in bevorzugter Weise zu behandeln.“

[20]) Dass es sich um die Haftung aus nach dem Antritt der Erbschaft geschlossenen Geschäften handle, ist zwar nicht ausgesprochen, aber selbstverständlich, weil sich mit der Haftung aus den nach dem Tode des Erblassers, aber vor Antritt der Erbschaft geschlossenen erst der folgende Passus beschäftigt, der Eintritt aber in die Verpflichtungen aus den bei seinen Lebzeiten vom institor geschlossenen Geschäften so unzweifelhaft ist, dass Ulpian ihn nicht wohl für erwähnenswerth halten konnte. Wie der Zusammenhang zeigt, erörtert Ulpian hier die Frage, wann man anzunehmen habe, es sei jemand im Sinne des Ediktes und der Formel vom Herrn präponiert. Wie es einer Erwähnung werth war, dass der vom tutor, curator, procurator, negotiorum gestor angestellte als vom Geschäftsherrn präponiert anzusehen sei, so konnte es auch zur Beseitigung von etwaigen Zweifeln nicht als überflüssig erscheinen, besonders hervorzuheben, dass auch von dem heres, qui eodem institore utitur, zu sagen sei, er habe ihn präponiert. Ein peinlicher iudex mochte vielleicht nur denjenigen als vom verklagten Erben präponiert ansehen, den dieser selbst angestellt, nicht auch den institor, den er von seinem Erblasser überkommen und nur stillschweigend weiter im Betriebe seines Geschäftes belassen hatte, während doch im Geiste des Edikts sicher auch hierin eine praepositio gefunden werden muss. Eine analoge Betrachtung findet sich in Bezug auf die a° exercitoria in l. 1 § 5 de exerc. a 14, 1, wo untersucht wird, ob auch der von einem magister angestellte magister als vom Rheder präponiert anzusehen sei. Die Antwort lautete: *ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum praeposuisse videtur.*

Wie nun gewiss zuzugeben, setzt Ulpian voraus, der Dritte habe um die Eigenschaft seines Mitkontrahenten als institor eines Andern gewusst, und mit ihm als institor kontrahiert. Aber Mitteis lässt unbeachtet, dass mit dem Tode des Prinzipals die Vollmacht des institor erloschen war, und Ulpian, indem er trotzdem den Erben aus den während des Ruhens der Erbschaft geschlossenen Geschäften haften lässt, ein ius singulare statuiert, das eben nur in der bona fides des Prinzipals seine Begründung findet. Wie aus den Voraussetzungen dieser singulären Haftung des Erben irgend ein Schluss auf die regelmässigen Voraussetzungen der Haftung des Prinzipals möglich sein soll, ist nicht erfindlich.

Folgende Betrachtung wird den von Mitteis begangenen Fehlschluss noch deutlicher erkennbar machen.

Nach der, auch für das Handelsrecht geltenden Regel des gemeinen Rechts wird durch die von dem Eigenthümer einer Sache vorgenommene Tradition Eigenthum übertragen, gleichviel ob der Erwerber das Eigenthum des Tradenten kennt oder nicht; ja auch dann, wenn er ihn irrthümlicherweise als Nichteigenthümer ansieht.[21]) Nach Art. 306 H.-G.-B. erlangt aber der redliche Erwerber von Sachen, die von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert und übergeben worden sind, das Eigenthum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war. Wird man hier schliessen dürfen, dass, weil in diesem Falle der irrige Glauben an das Bestehen des Eigenthums des Veräusserers Voraussetzung des Eigenthumserwerbs sei, bei der Tradition sonst stets das Wissen von dem Eigenthum des Auktors erforderlich und die objektive Existenz seines Rechtes nicht ausreichend sei? Sicherlich nicht! und gerade das Gegentheil ist positiven Rechtens. Sowie aber mit dem Satze „Hand wahre Hand“ sehr wohl verträglich ist, dass es bei der Tradition regelmässig nur auf das objektive Bestehen des Eigenthums des Vormannes ankommt, ebenso ist es sehr wohl vereinbar, dass einerseits die Haftung des Herrn von dem Bestehen des Institorenverhältnisses allein abhängig gemacht, andererseits aber nach dem durch den Tod des Herrn herbeigeführten Erlöschen des Institorenverhältnisses dem Dritten, der von dem Bestehen des letzteren, nicht aber von dem

[21]) Vgl. Windscheid Pand. I § 172 Anm. 2. Dernburg Pand. I § 213.

Tode des Herrn erfahren hat, ein Anspruch gegen den Erben gegeben wird. Hat es seinen guten Grund, den Herrn auch dann haften zu lassen, wenn der Dritte von dem Vollmachtsverhältniss nichts wusste, so ist es aus anderen Gründen nicht weniger berechtigt, den Erben des Herrn haftbar zu machen, wenn der Dritte im Vertrauen auf diese kontrahiert hatte, zu einer Zeit, da, ohne dass er es wusste, der Herr nicht mehr am Leben war. —

5) L. 5 § 9 de inst. a. 14, 1, Ulpian l. XXVIII. ad edictum: *Idem Labeo ait, si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.*

In dieser Stelle findet Mitteis (a. a. O. S. 30) charakteristisch und für seine Ansicht beweisend die Worte ‚*si permisit ei ita dari summas*'. Diese Redewendung deute darauf hin, dass der Permiss des Herrn etwas seiner Natur nach nach aussen Wirkendes gewesen sei, und bezeichne eine Erlaubniss nicht bloss an den institor zu empfangen, sondern auch an den Gläubiger zu geben, während, wenn es blos auf das innere Verhältniss zwischen dominus und institor ankäme und der Dritte dem dominus ganz fremd gegenüberstände, die Worte *si permiserit ei accipere* zu erwarten gewesen wären.

Ich halte diese Argumentation in keiner Beziehung für zutreffend.

Es soll gegen Mitteis nicht geltend gemacht werden, dass durch die von dem Herrn an den Dritten gerichtete Erlaubniss bestenfalls nur ein Wissen des Dritten um die Vollmacht und deren Inhalt begründet sein würde, dass aber Kontrahieren in Kenntniss der Vollmacht von einem Kontrahieren im Namen des Herrn verschieden sei. — Fassen wir das ‚*permittere*' in der Stelle im Sinne einer Erlaubniss auf, so bestehen zwei Möglichkeiten. Der Herr haftet nach des Labeo Ansicht dem Dritten, weil und wenn er diesen speziell ermächtigt hatte, dem institor für längere Zeit Vorauszahlungen zu leisten; oder auch schon dann, wenn er eine allgemeine Ermächtigung „an das Publikum" gerichtet hat. An keine dieser

beiden Möglichkeiten kann aber hier gedacht werden. Es handelt sich hier offenbar um einen Sklaven, der mit den Backwaaren des Herrn in einer bestimmten Gegend der Stadt hausieren oder sie an einem bestimmten Standort öffentlich feilhalten soll. Es ist also eine fluktuierende, wechselnde Kundschaft, mit der es der Sklave zu thun hat, und der Herr wird mit den einzelnen Kunden deshalb in gar keine unmittelbare Berührung gekommen sein. Hätte der Jurist an eine spezielle Ermächtigung an einzelne bestimmte Kunden gedacht, so hätte er wohl kaum unterlassen, auf die a°. quod iussu hinzuweisen, während er nach dem Zusammenhange, in dem die Stelle sich findet, nur an die a°. institoria denkt. Ja, nach Analogie der von Labeo l. 5 § 10 h. t.[21a]) geäusserten Ansicht hätten wir dann sogar geradezu eine a° emti des Dritten gegen den Herrn erwarten dürfen.

Wie aber sollen wir uns ferner eine an die dem Herrn unbekannten, mit dem Sklaven zufällig in Verbindung tretenden Kunden gerichtete Erlaubniss denken? Etwa als öffentliches Plakat, oder als eine dem Sklaven zur Vorzeigung an die Kunden bestimmte schriftliche Vollmachtsurkunde? Das wird bei solchen Strassen- und Marktverkäufen kaum vorgekommen sein. Der Jurist, der einen solchen Fall vor Augen hätte, würde ihn besonders hervorgehoben haben.

Das Wort *permittere* muss indess gar nicht nothwendig im Sinne einer, sei es bestimmten Personen, sei es einem unbestimmten Kreise von Personen ertheilten Ermächtigung verstanden werden.

Permittere kann, wie die Lexika ergeben, auch bedeuten, und bedeutet hier m. E. ein blosses Zulassen, Dulden, Geschehenlassen. Wenn der Herr wusste, dass Kunden bei dem Sklaven in der angegebenen Weise Abonnements auf Lieferung seiner Waaren nahmen, und er das duldete („durchgehen liess"), indem er etwa wiederholt die dem Sklaven im Voraus bezahlten Summen von diesem entgegennahm und ihm die Waaren zur Lieferung an die Abonnenten täglich verabfolgte, dann kann jeder Dritte, auch derjenige, der von solchen mit anderen geschlossenen Geschäften des institor keine Kenntniss erhalten hat, aus seinem Abonnement Ansprüche gegen den Herrn herleiten.

[21a]) *plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria sed ex locato tenebitur.*

Der Umfang der Institorenvollmacht, der *praepositio*, bestimmt sich nicht blos nach dem Inhalt, den der Herr ihr ausdrücklich gegeben, sondern auch aus der Art des Geschäftsbetriebes, wie er mit Wissen und unter Zulassung des Herrn vom institor thatsächlich gehandhabt wird, — ganz ebenso wie die praepositio eines institor und magister navis nicht ausdrücklich erfolgen muss, sondern schon dann anzunehmen ist, wenn der Herr es nur zulässt, dass jemand in seinen Geschäften die Funktionen eines institor, auf seinem Schiffe die eines Schiffers verrichtet[22]). Nur für die Frage, ob der Sklave *‚ei rei praepositus est‘* ist dieses *permittere* entscheidend.

Für diese Auffassung des Wortes in unserer Stelle kann übrigens die unpersönliche Redeweise *‚si permisit ei ita d a r i summas‘* mit besserem Rechte angeführt werden, als für die herrschende Lehre.

Sehr belehrend in Beziehung auf diese Bedeutung der thatsächlichen Betriebsweise ist l. 8 quod cum eo 14, 5. Paulus l. I. decretorum:

> *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. c u m a u t e m e t a l i a q u a e d a m g e s s i s e et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam .... sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator* [22a]).

Der Herr also, der seinem institor eine bestimmt umschriebene Vollmacht ertheilt hat, haftet doch auch aus jenseits derselben liegenden

[22]) *Vgl. S. 1 § 5 de exerc. a_o. 14, 1 v: ceterum si scit et passus est etc.*

[22a]) Diese Stelle ist nicht darum weniger beweisend, weil in ihr nicht von einer eigentlichen a° institoria im Sinne des Formularverfahrens die Rede, sondern der in ihr besprochene Prozess — wie dies vor den kaiserlichen Beamten stets geschah — im ausserordentlichen Verfahren verhandelt worden war. Das materielle Recht, wie es sich auf Grund des Institoren-Edikts und im Anschluss an die Formel der a° institoria entwickelt hatte, hat der praefectus annonae, wie die Stelle klar ergiebt, auch hier angewendet.

Geschäften, wenn er es hatte geschehen lassen, dass jener auch viele andere über die Vollmacht hinausgehende Geschäfte schloss. Dieser Umfang der Geschäftsführung wird aber in der Stelle ganz objektiv als Massstab der dem Sklaven zuzuschreibenden Vollmacht hingestellt; dass auch der einzelne Mitkontrahent zur Zeit des Geschäftsabschlusses von seiner Institorenqualität oder gar von dem Umfange der ausdrücklichen oder aus dem thatsächlichen Betriebe gefolgerten praepositio Kenntniss haben müsse, davon sagt die Stelle nichts.

Die Argumentation von Mitteis beweist aber endlich auch aus dem Grunde nichts, weil sie zu viel beweist. Unsere l. 5 § 9 cit. würde, wenn man an eine Erlaubniss denkt, nicht von einer Erlaubniss sprechen, die Geschäfte als institor überhaupt zu betreiben, sondern von der Erlaubniss, sie in einer gewissen Art zu betreiben. Folgert man daher mit Mitteis aus dem Erforderniss des *permittere* die Nothwendigkeit eines Wissens des Dritten, so müssen wir dieses Wissen auf den gesammten Inhalt der Vollmacht in allen seinen Einzelnheiten, wenigstens, soweit er in dem konkreten Fall in Betracht kommt, beziehen. Auch derjenige also, der wissentlich mit einem institor verhandelt und der sogar ausdrücklich im Hinblick auf den Herrn kontrahiert, würde die a°. institoria doch nicht haben, wenn das Geschäft zwar innerhalb der Vollmacht lag, er selbst aber hiervon keine Kenntniss hatte, — eine Folgerung, welche frivolen Einwänden des Herrn geradezu Thür und Thor öffnen würde. Oder wäre es nicht offenbare Chicane, wenn der Herr, der seinen institor zu Pränumerationsverkäufen ermächtigt hat, der a° institoria gegenüber zwar die Präpositionsmässigkeit des Geschäfts einräumte, die Haftung aber aus dem Grunde allein ablehnte, weil dem Dritten die Präpositionsmässigkeit nicht bekannt gewesen sei?[23])

5. Mitteis (a. a. O. S. 30) beruft sich ferner auf

L. 1 § 12 de exerc. a. Ulpian. l. XXVIII. ad edictum.

Igitur praepositio dat certam legem contrahentibus.

„Welcher logisch Denkende“, — so fragt er — „würde sich wohl so ausgedrückt haben: der Inhalt der Präposition gebe den

[23]) Die oben als unerträglich bezeichnete Folgerung hat Thöl a. a. O. S. 252 (§ 74 II, 2, b.) ausdrücklich gezogen, aber wohl ohne sich die Tragweite derselben klar gemacht zu haben.

Kontrahenten bestimmte Verhaltungsmassregeln, wenn der eine der beiden Kontrahenten, auf den es hier ganz wesentlich ankam, nämlich der Gläubiger, von dem Vorhandensein einer solchen Präposition überhaupt keine Kenntniss zu haben braucht?"

Man könnte von vornherein gegen die Verwendung der Stelle in unserer Frage einwenden, dass sie lediglich eine sehr allgemeine Betrachtung enthalte, und dass solchen allgemeinen Phrasen im Munde römischer Juristen eine wissenschaftliche Bedeutung nicht zuzukommen pflege. Aber auch wenn man auf ihren Inhalt eingeht, wird man doch vergeblich eine Stütze für die herrschende Meinung in ihr suchen.

Es scheint mir willkürlich, wenn Mitteis das Wort *,lex'* mit „Verhaltungsmassregel" übersetzt. *Lex* bezeichnet, abgesehen von seiner technisch-staatsrechtlichen Bedeutung, eine bindende Vorschrift. Durch den Inhalt der praepositio wird für die Kontrahenten eine sie bindende Norm geschaffen. Die allgemeine aus dem Edikt zu entnehmende Norm lautet: Der dominus haftet dem Dritten nach dem Inhalt der praepositio. Das ist eine Blankettvorschrift, die für die Anwendung der Erfüllung mit einem konkreten Inhalt bedarf; und diese erfolgt durch die im konkreten Einzelfall vom Herrn ertheilte Vollmacht. Diese füllt die in dem generellen Grundsatz offen gelassene Lücke aus und schafft so gleichsam ein Spezialgesetz, welches die Beziehungen zwischen dem bestimmten Dritten und dem institor, und beziehungsweise seinem Herrn regelt, und namentlich die Grenzen festsetzt, innerhalb deren der Dritte Ansprüche gegen den Herrn erlangen kann. Von einem durch die praepositio dem Kontrahenten für die Zeit vor Abschluss des Geschäfts vorgeschriebenen Verhalten, wofür allerdings eine vorgängige Kenntniss der praepositio nöthig sein würde, ist also nicht die Rede, — so wenig, wie durch die dispositiven Normen des Privatrechts den Parteien irgend ein Verhalten in Betreff der Art, wie sie ihr Geschäft einzurichten haben, aufgenöthigt und vor oder bei dem Geschäftsschluss eine Kenntniss des Inhalts der dispositiven Bestimmung erfordert wird.

Uebrigens würde auch hier aus Mitteis' Auslegung sich das Resultat ergeben, dass der Dritte nicht blos von der praepositio im allgemeinen, sondern auch von ihrem Inhalt seinem ganzen Detail nach Kenntniss haben müsste, dass also auch ein objektiv in den Kreis

der Vollmacht fallendes und im Namen des Herrn geschlossenes Geschäft diesen nicht binden würde, wenn das mit diesem sich deckende Segment jenes Kreises dem Dritten unbekannt geblieben wäre.

6. In l. 3 C. quando ex facto 5, 39. (Gordianus A. Prudentiano.)

> *Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.* (a. 239.)

findet Zimmermann (a. a. O. S. 111) das Erforderniss des Kontrahierens im Namen des Mündels „mit dürren Worten" ausgesprochen. Dass jedoch der Ausdruck, ‚*nomine alicuius*' in den Quellen keineswegs überall ein Handeln, Kontrahieren u. s. w. im Namen jemandes, sondern vielfach, und vielleicht meistens soviel wie „im Interesse", „für Rechnung jemandes" bedeutet, das glaube ich schon früher [23a]) nachgewiesen zu haben.

Uebrigens aber steht in l. 3 C. cit, wie Zimmermann (a. a. O. S. 112 Anm. 130) selbst halb zugiebt, weder eine a° institoria noch eine quasi institoria in Rede; es handelt sich dabei auch gar nicht um eine Haftung auf Grund „unvollkommener Stellvertretung", sondern um eine a° certae creditae pecuniae, welche sich gegen den durch die Darlehnssumme Bereicherten direkt richtet, also um eine Haftung nach denselben Grundsätzen, welche für ein für Rechnung einer Gemeinde aufgenommenes Darlehn gelten. [24])

III.

Allgemeine Gründe gegen die herrschende Lehre.

Die bisherigen Ausführungen haben, wie ich hoffe, dargethan, dass die zu Gunsten der herrschenden Meinung angeführten Stellen nichts für sie beweisen. Ich glaube aber weiter auch zeigen zu können, dass ein

[23a]) Vgl. meinen Besitzerwerb durch Dritte S. 31 ff.

[24]) *Vergl. l. 27 de R. C. 12, 1 Ulpian. l. X. ad edictum: Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.*

Kontrahieren im Namen des Herrn für die a°. institoria und exercitoria unmöglich gefordert werden konnte. Schon einige allgemeine von den Quellen absehende Erwägungen lassen die herrschende Lehre in hohem Maasse bedenklich erscheinen.

1. Der herrschenden Lehre liegt überall die Anschauung zu Grunde, dass die Wirkung der Handlung eines Stellvertreters durch den Parteiwillen bedingt sei und sich je nach der Verschiedenheit der Richtung desselben verschieden gestalte [24a]): dem im Namen des Herrn vorgenommenen Erwerbakte entspricht ein unmittelbarer Erwerb des Herrn, dem auf den Namen des Herrn gestellten Verpflichtungsakte eine Verpflichtung des Herrn, während das vom Vertreter in eigenem Namen abgegebene Versprechen nur eine Verpflichtung des Vertreters zur Folge hat.

Nun fallen die Ansprüche aus einem von einem freien institor geschlossenen synallagmatischen Vertrage jenem zu, die Verpflichtungen aus ihnen treffen dagegen den institor und den Herrn. Folglich müsste — das wäre die unabweisbare Schlussfolgerung aus der Willenstheorie — der institor sich selbst die Leistung von dem Mitkontrahenten versprechen lassen, die Gegenleistung aber im eigenen, sowie in des Herrn Namen ihm zusagen. (Also z. B. „Käufer X. verpflichtet sich, dem institor M. einen Hektoliter Wein zu liefern, wogegen M. sich in eigenem sowie seines Prinzipals Z. Namen ihm 300 M. als Kaufpreis zu zahlen verspricht").

Lassen wir dahingestellt, ob und inwieweit die Willenstheorie in dem Rechte der Stellvertretung berechtigt sei, so werden wir doch zu fragen haben: Ist es wohl denkbar, dass die Römer, zumal in sonst formlosen Geschäften, sich in ihrem Verkehr einem solchen Formalismus unterworfen haben sollten? Welche Partei wird wohl auf die Idee verfallen sein, die acquisitive und die obligatorische Seite des Geschäfts in dieser Weise im Geschäftsabschluss zu scheiden? Wer als Vertreter eines anderen kontrahiert, wird den Kontrakt entweder auf seinen eigenen oder auf des Herrn Namen stellen; und wenn in den Vertragsverhandlungen vielleicht der Name des Herrn mitunter abwechselnd mit dem eigenen des institor genannt wird, so

[24a]) Vgl. hierüber auch meinen Besitzerwerb durch Dritte S. 40 ff.

wird das stets auf einer gewissen Nachlässigkeit des Ausdrucks, nie auf klarer Reflexion beruhen.[25]) So steht es in unserem Verkehr, und dass die Römer es anders gehalten haben sollten, diese Absonderlichkeit darf man ihnen nicht zutrauen. Man hat es freilich gethan, und bei Zimmermann[26]) können wir es in klaren Worten lesen: der institor muss in eigenem und fremdem Namen kontrahieren.

Ist aber eine solche Art des Kontrahierens auszuschliessen, so ist damit allein schon — andere gewichtige Gründe, die gegen sie sprechen, übergehe ich hier — die Willenstheorie für die Lehre von der Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen widerlegt, und damit auch der herrschenden Ansicht über die Voraussetzungen der a° institoria eine wesentliche Stütze entzogen.

2. Auch von einer andern, nämlich der historischen Seite aus betrachtet, führt die Willenstheorie zu Folgerungen, welche die hier bekämpfte Meinung von vornherein als unmöglich erscheinen lassen. Versetzen wir uns einmal in die Zeit vor Einführung der a° institoria! In welcher Art muss damals der institor kontrahiert haben? Die Antwort kann vom Standpunkt der herrschenden Willenstheorie nur lauten: da der institor allein es ist, der aus seinem, wenn auch für Rechnung des Prinzipals geschlossenen Kontrakte obligiert wird, so muss er ihn jedenfalls „auf seinen eigenen Kopf" gestellt haben. Freilich wäre es an sich nicht schlechterdings undenkbar, dass er zugleich auch im Namen des Herrn kontrahiert hätte. Das wäre aber offenbar ein völliges Superfluum gewesen; denn es war nach dem Rechte, von dem wir hier ausgehen, erfolglos und somit zwecklos; es wird deshalb — ich spreche wohlgemerkt hier nur vom Standpunkt der Willenstheorie — vor Einführung der institorischen Klage nicht üblich gewesen sein. Nun kam das prätorische Edikt mit der Verheissung, der Mitkontrahent des institor solle neben der actio gegen diesen auch eine actio in solidum gegen den Herrn erhalten. Nach der Willenstheorie, welche sich eine Haftung des Herrn nur als Folge einer auf sie sich richtenden Aeusserung des Parteiwillens zu denken

[25]) Für Formalkontrakte gelten natürlich besondere Grundsätze, vgl. z. B. die interessante l. 126 § 1 de V. O. 45, 1.

[26]) a. a. O. S. 112.

vermag, musste mit Einführung des Institorenedikts auch eine ganz neue Art des Abschlusses der Institorengeschäfte aufgekommen sein. Die Institoren, welche bisher suo nomine kontrahierten, mussten fortan suo et domini nomine handeln.

Wir hätten hier eine Erscheinung vor uns, die in der Geschichte des römischen Rechtes ihres Gleichen nicht findet. Wo der Prätor durch sein Edikt das Recht fortbildet, da schafft er nicht erst die thatsächlichen Voraussetzungen für seine Normen und Aktionen. Aus dem Verkehrsleben traten ihm Thatbestände entgegen, welche bisher der rechtlichen Wirkung entbehrten. Freiwillig unterwarfen sich die Betheiligten vielleicht lange Zeit hindurch schon gewissen Normen, die ihnen gut und billig erschienen; und endlich brachte der Prätor durch Gewährung von Rechtsmitteln das, was Verkehrsinteresse und Billigkeit zu erheischen schienen, zu rechtlicher Geltung. Die Tradition von res mancipi hat das publicianische Edikt nicht eingeführt, sondern die unzähligemal in Verkehr geübte mit bestimmten Rechtswirkungen bekleidet. Undenkliche Zeit vielleicht vor Einführung der Constitutsklage, sind Constituta zwischen Gläubigern und Schuldnern schon geschlossen worden, bis endlich der Praetor die durch sie begründete Gewissenspflicht zur Rechtspflicht erhob. Und hat, wie man als Vertreter der Willenstheorie annehmen müsste, vor dem Institorenedikt der institor nur suo nomine kontrahiert, so kann auch das Edikt nur an diesen hergebrachten Thatbestand angeknüpft und unmöglich einen neuen der bisherigen Verkehrsübung fremden Kontrahierungsmodus erst geschaffen haben.

3. Die wesentlichen Bestandtheile der Formel der institorischen und exercitorischen Klage sind von den Kommentatoren des Edikts erwähnt und erläutert worden.[27]) Wäre aber Kontrahieren im Namen des Herrn eine Voraussetzung jener Aktionen gewesen, so wäre sie in dem Aktionsformular gewiss zum Ausdruck gekommen, und dann wäre das darauf bezügliche Formelstück von den Kommentatoren besprochen und uns irgend eine hierauf bezügliche Erörterung aus den Ediktskommentaren von den Kompilatoren sicherlich nicht vorenthalten geblieben. In der That aber lässt sich eine derartige Bemerkung

[27]) Vgl. Lenel, Edikt S. 203 ff.

nirgends in den Pandekten nachweisen. Selbst dann jedoch, wenn die Formel einen Hinweis auf jenes Erforderniss nicht enthielt und dieses etwa — was aber höchst unwahrscheinlich — nur im Wege der Interpretation des Edikts von den Juristen aufgestellt worden wäre, würden wir schwerlich unsere Ueberlieferung in diesem Punkte so schweigsam gefunden haben.

IV.

Quellenmässiger Beweis, dass Kontrahieren im Namen des Herrn eine Voraussetzung der a. institoria u. s. w. nicht gebildet habe.

Gehen wir nun zur Untersuchung der Quellen über, so ergeben diese für die Behauptung, dass ein Kontrahieren im Namen des Herrn nicht zu den Voraussetzungen unserer Klagen gehöre, folgende Argumente:

I. Es giebt Fälle, in welchen die a°. institoria und exercitoria sicher begründet, deren Thatbestand aber so gestaltet ist, dass die Forderung eines Kontrahierens im Namen des Herrn vernünftigen Verkehrsgewohnheiten widersprechen würde.

II. Die a°. institoria u. s. w. ist auch in solchen Fällen begründet, in denen ein Kontrahieren des institor mit dem zur Anstellung der actio Berechtigten nicht erforderlich ist.

III. Es giebt Kontrakte, welche, von dem institor mit einem Dritten geschlossen, für diesen eine a°. institoria u. s. w. begründen, aber ihrer formellen Beschaffenheit nach ein Kontrahieren im Namen eines Andern ausschliessen.

IV. In einem in den Quellen erörterten praktischen Falle wird dem Mitkontrahenten eines institor die a°. institoria gegeben, obwohl er von der Existenz der Vollmacht, welche den institor zum Abschluss des der actio zu Grunde liegenden Geschäftes ermächtigte, erweislich keine Kenntniss hatte.

I. Unverträglichkeit mit der Verkehrsübung.

Es kommen hier folgende Stellen in Betracht:

L. 5 § 18 de inst. a°. Ulpian. l. XXVIII. ad edictum:

Sed et si procurator meus, tutor curator institorem praeposuerit, dicendum erit velut a me praeposito dandam institoriam actionem.

l. 6 eod. Paulus. l. XXX. ad edictum.

Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria.

l. 7 pr. eod. Ulpian. l. XXVIII. ad edictum.

Sed et si quis meam rem gerens praeposuerit et ratum habuero, idem erit dicendum.

Hiernach ist institor des Herrn auch der von dessen procurator, tutor, curator Angestellte; und der vom procurator omnium bonorum, — gewiss auch der vom tutor und curator — bestellte institor obligiert durch seine Geschäfte sowohl den Herrn, wie den Anstellenden; dem Dritten würde hier demnach regelmässig drei Personen solidarisch haften: der institor selbst, der procurator u. s. w., der ihn bestellte, und der Prinzipal. Der herrschenden Willenstheorie gemäss müsste der institor hier im Namen dieser drei zugleich kontrahieren. Schwerlich wird man sich wohl zu dem Glauben bequemen, dass ein solcher Modus des Kontrahierens von den Römern gefordert worden wäre. Sollte man im Ernst annehmen wollen, dass der von einem tutor oder curator oder procurator angestellte Kommis, der hausierende Bäckerjunge, oder der Tuchwalkerlehrling u. s. w. dem mit ihnen kontrahierenden Dritten jedesmal ausführlich den Stammbaum seiner Vollmacht habe darlegen, und dass der Dritte, um sicher zu gehen, ihn genau darüber habe ausforschen müssen, ob sein Herr vielleicht unmündig oder Verschwender oder verrückt sei, und ob er von einem rite bestellten Vormunde seine Vollmacht erhalten habe?

Ein Rechtssatz, der die Haftung des Herrn an solche dem wirklichen Leben so völlig widerstreitende Voraussetzungen knüpfte, ist undenkbar. Er ist aber auch undenkbar aus dem anderen Grunde, weil jene Bedingungen in sehr vielen Fällen ganz unerfüllbar gewesen

wären. Denn häufig wird der institor nur denjenigen kennen, der ihn unmittelbar angestellt hat, und davon, dass über oder hinter diesem noch ein Anderer als eigentlicher Prinzipal stehe, gar keine Kunde haben.

Angenommen z. B., mehrere Personen betreiben als Gesellschafter ein Handelsgeschäft, und einer von ihnen ist unter Hinterlassung von grossjährigen und minderjährigen Erben, die an seiner Statt in die Gesellschaft eingetreten sind, gestorben, einer ist geisteskrank, der dritte wegen Prodigalität entmündigt worden. Die Procuratoren der Grossjährigen, die Tutoren und Kuratoren der andern haben einen aus ihrer Mitte mit der Leitung des Handelsgeschäftes betraut, und dieser hat Leute angestellt, welche die Waaren im Umherziehen für das Geschäft verkaufen sollen. Alle diese komplizierten Verhältnisse müsste der institor, vielleicht ein noch unmündiger Knabe, kennen, um im Namen der Prinzipale kontrahieren und dem Dritten einen Anspruch gegen sie verschaffen zu können.

Wenn aber, wie feststeht, der Herr jemanden zum institor bekommen kann, ohne darum zu wissen[28]), sollte jemand dann nicht institor werden können, ohne zu erfahren, wer sein eigentlicher Prinzipal sei?

Alles das trifft auch für den von dem negotiorum gestor angestellten institor bei nachfolgender Ratihabition des Herrn zu. Wenn jemand sich der verwaisten Geschäfte eines durch Krankheit oder Kriegsgefangenschaft in der Ferne festgehaltenen Freundes annimmt, sollte es dann unumgänglich nothwendig gewesen sein, dass er dem für dessen Geschäft bestellten institor kundthue, wen dieselben eigentlich angehen, und dem Dritten die a. institoria zu versagen sein, wenn der institor den gestor für seinen wahren Geschäftsherrn gehalten hätte?

II. Es giebt Fälle, in welchen a. institoria stattfindet, obwohl ein Vertrag zwischen dem Institor und dem Dritten nicht geschlossen ist.

1. Das prätorische Edikt knüpft zwar bekanntlich die Verheissung der a. institoria und exercitoria an ein *gerere cum institore*

[28]) *cf. l. 1 § 5 de exerc. a. 14, 1 magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, set et eum, quem magister: et hoc consultus Julianus in ignorante respondit.*

(magistro). Dennoch werden diese Aktionen (ebenso wie die gleichfalls vom Prätor für den Fall eines *gerere* oder *contrahere cum aliquo* verheissene a. de peculio und de in rem verso[29]) nicht auf den Fall eines mit dem Dritten geschlossenen Vertrages beschränkt, sondern auch auf Grund von Thatbeständen gegeben, aus welchen „quasi ex contractu nascitur obligatio“ [30]).

Insbesondere wird sie gewährt auf Grund einer von dem Dritten geübten negotiorum gestio. vgl. l. 5 § 16 de inst. a. Ulpian l. XXVIII. ad edictum.

> *Item fideiussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit.*
>
> l. 1 § 7 de exerc. a. Ulpian. eod. . . . . *praetor dat exercitoriam actionem vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est.*

Verlangt man als Grundlage der a. institoria unbedingt ein Kontrahieren im Namen des Herrn, so darf man bei l. 5 § 16 cit. nur an eine Bürgschaft auf Grund eines von dem institor dem Dritten im Namen des Herrn ertheilten und von dem Dritten angenommenen Mandats zur Verbürgung denken, und müsste für den Fall einer ohne Auftrag geleisteten Bürgschaft die actio gegen den Herrn versagen, weil hier mit dem Dritten überhaupt kein Geschäft, also auch nicht im Namen des Herrn kontrahiert wäre. Eine solche Unterscheidung zwischen aufgetragener und nicht aufgetragener fideiussio ist aber unserer Stelle fremd. Ausdrücklich vielmehr wird die a. quasi institoria für den Fall einer nicht aufgetragenen Bürgschaftsleistung gewährt in l. 30 (31) pr. de neg. gest. 3,5 (Papinian. l. II. respons.[31]); es kann daher an der Zuständigkeit der a. institoria für solche Fälle nicht gezweifelt werden. Freilich wird im Handelsverkehr der Bürgschaft meist eine Beredung des Bürgen mit dem Hauptschuldner zu Grunde liegen; aber nothwendig ist das sicherlich nicht, und unter Umständen wird die Übernahme der Bürgschaft für den Schuldner eines Dritten geradezu zugleich im eigenen Interesse

---

[29]) Vgl. Lenel Edikt S. 218 ff.

[30]) Vgl. Mandry a. a. O. II. S. 229 ff. meine Abh. über die sog. a. negotiorum gestorum ad exemplum institoriae in Jhering's Jahrb. Bd. 28. S. 325 ff.

[31]) Vgl. meine in Anm. 30 cit. Abh. S. 326 ff.

des Bürgen liegen, z. B. wenn es gilt von dem Hauptschuldner, der auch sein Schuldner ist, den Konkurs abzuwenden und sich die Möglichkeit der bei einem Konkurse als gefährdet erscheinenden Befriedigung für die Zukunft zu erhalten.

Einen deutlichen Hinweis auf negotiorum gestio enthält auch l. 1 § 7 cit. in der scharfen Gegenüberstellung von *contractum* und *impensum:* auch die nicht auf Grund eines mit dem Schiffer geschlossenen Vertrages erfolgende Aufwendung von Geld und Arbeit zur Reparatur des Schiffes begründet die a. exercitoria gegen den Rheder.

So ist denn kein Zweifel: für die a. institoria u. s. w. kommt nur der objektive Zusammenhang des gestum mit dem dem institor anvertrauten Geschäftskreise des Herrn in Betracht.

Weit entfernt aber, die Unvereinbarkeit der herrschenden Lehre mit der Anwendbarheit der adjektizischen Klagen bei den hier in Rede stehenden Thatbeständen einzusehen, hat man gerade zu ihrer Unterstützung eine von negotiorum gestio des Dritten handelnde Stelle herangezogen, nämlich l. 10 § 5 mand. 17, 1. Ulpian l. XXXI. ad edictum:

> *Idem Papinianus libro eodem refert, fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.*

„Hätte der procurator," sagt Zimmermann (a. a. O. S. 111), hier rein im eigenen Namen gehandelt, so hätte der Bürge seine a. mandati contraria nur gegen den procurator, nicht aber (als a. quasi institoria) auch gegen den Prinzipal desselben richten können. Dass er auch letzteres kann, ist die Folge davon, dass der Mandant (des Bürgen) als procurator, d. h. als Stellvertreter seines Prinzipals hervorgetreten war."

Und ebenso legt auch Mitteis (a. a. O. S. 31) ein besonderes Gewicht auf diese Stelle.

Verlangt man aber ein Kontrahieren im Namen des Herrn, oder ein Hervortreten als Stellvertreter, so darf man dies doch nur verstehen und hat es auch von jeher nur verstanden als ein Hervor-

treten dem Dritten, hier also dem Bürgen gegenüber. Nun haben aber zwischen dem procurator und diesem Dritten hier keinerlei Verhandlungen stattgefunden. Worin in aller Welt also hat sich denn das „Hervortreten" als procurator ihm gegenüber geäussert?

Die Worte „qui ideo fideiussit" etc. drücken doch nur das Motiv aus, welches den Dritten zur Uebernahme der Bürgschaft veranlasst hat. Er hat erfahren, dass X durch seinen procurator ein Darlehn suche; vielleicht aus Freundschaft für den X und um ihm den gesuchten Kredit zu verschaffen, verbürgt er sich bei den von dem procurator um das Darlehn angegangenen Z. Der procurator braucht von der Verbürgung gar nichts zu wissen. Dass der Bürge von dem Auftrage und der Vollmacht des procurator Kenntniss hatte, ist den citierten Worten allerdings unmittelbar zu entnehmen. Aber die Vertreter der herrschenden Lehre selbst werden ja nicht müde, immer und immer wieder darauf hinzuweisen, dass Kontrahieren mit dem Stellvertreter als Stellvertreter und Kontrahieren mit einem Stellvertreter in zufälliger Kenntniss seiner Stellung zu dem Vertretenen ganz verschiedene Dinge seien. [32])

Dass aber selbst nur das Wissen des Bürgen um die Bestimmung des dem procurator gewährten Darlehns für den Herrn ein Thatbestandsmoment der a. institoria bilde, muss geleugnet werden. Als Grund für die Haftung des Herrn gegenüber dem Bürgen des procurator führt die Stelle an:

> *quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.*

Das ist so zu verstehen: die Bestellung eines Bürgen liegt innerhalb des Geschäftskreises desjenigen, welchem die Aufnahme eines Darlehns aufgetragen ist, und wie darum der Auftrag des procurator zur Bürgschaftsleistung die a. quasi institoria begründet, so muss sie auch stattfinden, wenn jemand sich ohne Auftrag für ihn verbürgt. Wiederum ist es also lediglich der objektive Zusammenhang des ‚*gestum*' mit dem dem quasi institor anvertrauten Geschäftskreise, aus welchem die Zuständigkeit der actio hergeleitet wird. Dieser Zusammenhang aber besteht, mag der Dritte ihn kennen oder nicht, und das von Papinian unterstellte Wissen des Dritten um ihn

[32]) Vgl. besonders Thöl a. a. O. S. 251 f. Mitteis a. a. O. S. 27.

kann daher nur als zur konkreten Veranschaulichung des Thatbestandes angeführt gelten. So zeugt denn auch l. 5 § 10 mand. nicht für, sondern gegen die herrschende Lehre. —

Negotiorum gestio ist der einzige „quasikontraktliche" Thatbestand, welcher m. W. in den Quellen als Fundament einer a. institoria u. s. w. erwähnt wird, während als die a. de peculio und de in rem verso begründend auch noch eine Reihe anderer vorkommt. [33]) Das hängt jedenfalls damit zusammen, dass andere quasikontraktliche Thatbestände ausser der negotiorum gestio im Handelsverkehre kaum eine Rolle spielen werden. Kein Zweifel aber, dass auch eine von dem institor im Betriebe des von ihm zu verwaltenden Gewerbes zu Gunsten eines Dritten geübte negotiorum gestio für diese eine a. neg. gest. directa institoria begründet haben wird, wenn auch dieses Falles in den Quellen nicht gedacht wird. —

2. Die Quellen bieten noch einen anderen Fall dar, in welchem die a. institoria auf Grund eines nicht als obligatorischer Vertrag zu charakterisierenden Thatbestandes gegeben wird, der zwar weder in den Quellen noch in der heut üblichen Systematik als ‚quasikontraktlicher' bezeichnet wird, für den man aber diesen Namen mit demselben Rechte, wie für die herkömmlich so genannten in Anspruch nehmen könnte, wenn überhaupt mit dieser Nomenklatur sich irgend ein praktisches Interesse verbände. [34])

Nach l. 5 § 15 de inst. a., Ulpian. l. XXVIII. ad edictum:

> *quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit,*

treffen die Verpflichtungen aus einer Pfandbestellung an den institor den Herrn, vorausgesetzt natürlich, dass die Verpfändung für eine Geschäftsforderung erfolgt ist. Die Stelle unterscheidet nicht zwischen dem freien und dem gewaltunterworfenen institor, gilt also auch für den ersteren. Da nun der durch das Pfand zu sichernde Anspruch nur ihm zusteht, so kann auch nur ihm, nicht dem Herrn das Pfandrecht erworben, und muss er in erster Linie von den

[33]) Vgl. Mandry a. a. O. S. 229 f.

[34]) Vgl. meinen Vertrag S. 37 ff.

persönlichen Verpflichtungen und der Pfandbestellung betroffen werden.[35])

Stellen wir uns nun wiederum für einen Moment auf den Standpunkt der Willenstheorie, so muss der institor den obligatorischen Pfandkontrakt, den man als die Grundlage der persönlichen Verbindlichkeiten zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder hinzustellen pflegt, in eigenem Namen geschlossen haben; an ein gleichzeitiges Kontrahieren in eigenem und des Herrn Namen[36]) könnte auch hier nicht gedacht werden. Schon von diesem Standpunkte aus würde also die a. institoria in unserer Stelle mit der herrschenden Meinung nicht vereinbar sein. Auch hier aber ist die Willenstheorie falsch. Die obligatorischen Ansprüche aus der Pfandbestellung beruhen überhaupt nicht auf einem, auf ihre Begründung gerichteten Vertrage. Es giebt keinen ‚contractus pigneraticius'; von diesem Begriffe kann man, wie einst Justinian von dem ‚*nudum ius Quiritium*' sagen: ‚*nunquam videtur neque in rebus apparet, sed est supervacuum et superfluum verbum.*' Jene Verpflichtungen knüpfen sich von Rechtswegen an ein und zwar gleichviel auf welche Weise entstandenes Pfandrecht, nicht blos an das Vertragspfand, sondern auch an das richterliche und gesetzliche.[37]) Der Ausspruch von Gaius (l. II. aureorum in l. 1 § 6 de O. et A. 45, 1), kann bei der grossen Vieldeutigkeit und dem schillernden Charakter des Kontraktsbegriffes bei den römischen Juristen[38]) dagegen nichts beweisen.

Hat aber der institor einen Kontrakt in unserem heutigen Sinne überhaupt nicht geschlossen, so hat er ihn auch nicht im Namen des Herrn geschlossen; und abermals bleibt allein die objektive Beziehung des Pfandgeschäftes auf die dem institor übertragenen Angelegen-

[35]) Nach vorjustinianischem Recht erwarb der Vertreter das Pfandrecht in allen Fällen, also auch dann für sich, wenn der zu sichernde Anspruch, wie z. B. der aus einem auf den Namen des Herrn gegebenen Darlehn dem Herrn erworben war. Vgl. l. 11 § 6 de pign. a. 13, 7. Vgl. aber dazu l. 3 (2) C. per qu. pers. 4, 27, mit Rücksicht auf welche l. 11 § 6 cit. offenbar in den Worten „*plerumque*" und „*non semper*" interpoliert ist.

[36]) Vgl. oben S. 288 (24).

[37]) Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 138 ff. Pand. § 286. Stölzel im Arch. f. civ. Pr. Bd. 45. S. 263 ff.

[38]) Vgl. meinen Vertrag S. 23 ff. und über „re contrahere" S. 24 Anm. 1.

heiten des Herrn als das die a. institoria begründende Moment übrig. Ich bezweifle darum auch nicht, dass mit Rücksicht auf ein richterliches oder gesetzliches Pfandrecht, das für den institor im Betriebe des Geschäftes des Herrn entstanden ist, (z. B. bei Vermiethung von Speichern und Stallungen, vgl. l. 3. 4 § 1 quib. m. pign. 20,2, vgl. mit l. 5 §§ 1—6 de inst. a.) gegen den Herrn die a. pigneraticia (directa) institoria zu geben sein würde.

III. In gewissen Fällen ist ein Kontrahieren im Namen des Prinzipals mit der Form des vom Institor geschlossenen Geschäftes unvereinbar.

Auch ein vom institor abgegebenes Stipulationsversprechen begründet die a. institoria gegen den Herrn.

Vgl. l. 19 pr. de inst. a. Papinian. l. III. responsorum.

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Wenn der institor die Rückzahlung des Darlehns durch Stipulation versprochen hat, so kann er, und folgeweise auch der Herr aus der Stipulation belangt werden, und zwar der Regel nach nur aus der Stipulation.[39]) Die Form der Stipulation lässt aber eine Bezugnahme auf einen Dritten nicht zu. Der institor kann nur in eigenem Namen promittieren, und allein der objektive Zusammenhang mit der Angelegenheit des Herrn rechtfertigt schon die Erstreckung der Verpflichtung des institor auf den Prinzipal.[40]) [40a])

---

[39]) Vgl. über die Darlehnsstipulation Huschke, die Lehre des röm. R. vom Darlehn S. 6 f. und die dort angeführten Stellen.

[40]) Die Fassung der a. certae creditae pecuniae als institoria denke ich mir etwa folgendermassen: *Si paret Lucium Titium, cum is a. N. N. tabernae instructae* (bei a utilis: *mutuis accipiendis pecuniis*) *praepositus esset, ob eam rem cui Lucius Titius praepositus erat, decem milia dare opertere etc.*

[40a]) Ein von dem quasi institor gegebenes Stipulationsversprechen wird auch erwähnt in l. 13 § 25. de a. e. v. 19,1. Ulpian. l. XXXII. ad edictum: *Si procurator vendiderit et caverit . . . cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis.* — Dass hier nur der a° emti Erwähnung geschieht, schliesst natürlich die Zuständigkeit auch der quasi-institorischen Stipulationsklage nicht aus.

IV. Eine für einen praktischen Fall gegebene Entscheidung giebt eine a. institoria gegen den Herrn, obwohl, wie der mitgetheilte Thatbestand ergiebt, von dem Institor nicht mit offener Vollmacht gehandelt, der Dritte nicht mit Rücksicht auf die den Institor zum Abschluss gerade dieses Geschäfts ermächtigende Vollmacht kontrahiert hatte.

Es ist der Fall der l. 13 pr. de inst. a. Ulpian. l. XXVIII. ad edictum.

> *Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait.*

Wer mit der herrschenden Lehre ein Kontrahieren im Namen des Herrn, eine Bezugnahme auf die Vollmacht u. s. w. erheischt, der muss folgerichtig da, wo ein institor mehrere auf verschiedene Geschäftskreise bezügliche Vollmachten hat, verlangen, dass das einzelne Geschäft gerade mit Rücksicht und unter Bezugnahme auf die dasselbe deckende Vollmacht kontrahiert sei, und muss die a. institoria versagen, wenn bei dem Abschluss des Geschäftes auf eine andere, dieses nicht in sich begreifende Vollmacht Bezug genommen ist.

Für den Fall der l. 13 cit. sind nun drei Dinge als feststehend anzusehen: 1) dass der Dritte nicht mit Rücksicht auf die den institor zur Aufnahme von Darlehnen ermächtigende praepositio kontrahiert hat, sondern im Hinblick auf seine Vollmacht zur Führung des Oelgeschäftes, und in dem irrigen Glauben, das Darlehn sei für dieses bestimmt; 2) dass der institor auf den Inhalt seiner Vollmacht überhaupt nicht Bezug genommen hat und dem Darleiher nur als Leiter des Oelgeschäfts bekannt gewesen ist; andernfalls würde der Jurist nicht zu erwähnen verfehlt haben, dass der Darleiher durch eine falsche Angabe des institor über die Bestimmung des Geldes zu seinem Irrthum verleitet worden sei; 3) dass der Gläubiger von der besonderen Vollmacht zur Aufnahme von Geldern zur Zeit der

Hingabe des Darlehns keine Kenntniss gehabt, sie vielmehr erst hinterher, und zwar nach dem Verlust des Prozesses erlangt habe; sonst hätte er sicherlich von vornherein dieses Moment geltend gemacht und eine auf die praepositio mutuis accipiendis lautende Formel erhalten.

Trotz alledem wird ihm eine actio gegeben, — allerdings nicht die institoria, sondern eine a. utilis, deren Natur demnächst zu erörtern sein wird. Es darf daher auch umgekehrt geschlossen werden: wäre die Annahme des Dritten, das Geld sei für das Oelgeschäft bestimmt, richtig gewesen, so hätte ihm die a. institoria zugestanden, gleichviel, ob unter Bezugnahme auf die dieses betreffende Vollmacht kontrahiert war oder nicht; m. a. W. es genügt zur Begründung der Klage, dass objektiv das Geschäft durch die in der Formel bezeichnete praepositio gedeckt war.

Die l. 13 cit. hat, wie einige andere Stellen das Schicksal gehabt, von Freunden und Feinden der herrschenden Meinung angerufen zu werden. Obwohl sie von den ersteren jetzt sonst allgemein geopfert wird, schreibt ihr Zimmermann (a. a. O. S. 106) doch noch ein gewisses Maass von Beweiskraft zu: „sie spricht“, so meint er, „insofern ziemlich eindringlich für die Nothwendigkeit des Hervortretens des Zweckes im Geschäft, als sie die Betrachtung nahe legt, wie absonderlich die Zumuthung sein würde, dass der Kläger einen rein innerlichen Vorgang, die bloss subjektive Destination des Beklagten beweisen sollte.“ Demgegenüber darf auf die Ausführungen auf S. 221 (7), 226 (12), zurückverwiesen werden. Allerdings hat gerade das Darlehn wegen der gerade hier bestehenden Schwierigkeit den Zusammenhang des Geschäfts mit den Zwecken des Prinzipals nachzuweisen den römischen Juristen mehrfach zu schaffen gegeben. Doch sind sie darüber niemals zweifelhaft gewesen, dass jener Nachweis geführt sei, sobald die thatsächliche Verwendung für jene Zwecke erwiesen ist. Und auch sonst ist es ja nichts ungewöhnliches, dass innere Thatsachen, die allerdings unmittelbarer Erkenntniss nicht zugänglich sind, aus äusseren Thatsachen erschlossen werden. —

Es erübrigt nun noch, zur Sicherung des vollen Verständnisses unserer Stelle die Untersuchung der Frage nach der Natur der actio, welche Julian dem Darleiher gewähren will, und nach den Gründen,

aus welchen trotz der stattgehabten Litiskonsumtion dem Darleiher noch eine actio gewährt wird.

Nach der Ansicht von Fr. Keller[41]) und Savigny[42]), welcher auch Thöl[43]) beigetreten ist, wäre die einmal angestellte a. institoria allerdings konsumiert, und würde einer neuen a. institoria die exceptio rei iudicatae entgegengestellt werden können; aus Billigkeit aber wäre mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des konkreten Falles dem Kläger eine replicatio doli zu geben, sodass die eigentlich konsumierte a. institoria zu einer wirksamen (*utilis* in diesem Sinne!) geworden wäre.

Diese Auffassung erweist sich jedoch aus verschiedenen Gründen als unmöglich. Wenn in den Worten „*licet consumpta est actio nec amplius agere potest*" die Möglichkeit nochmaliger Anstellung der einmal zurückgewiesenen Klage in bestimmtester Weise geleugnet wird, so wäre es ein offenbarer Widerspruch, wenn der Jurist in einem Athem dieselbe actio für erfolgreich bezeichnete. Auch bedienen sich die römischen Juristen regelmässig ganz anderer Redewendungen, um anzudeuten, dass eine dem strengen Rechte nach verlorene actio vom Prätor aus Billigkeit dennoch gewährt oder eine an sich begründete exceptio aus Billigkeitsgründen durch replicatio unwirksam gemacht werde. Insbesondere kann die Wendung „*actio competit*" nur von einer dem regelmässigen Rechte nach zuständigen, nicht von einer erloschenen und nur durch ausserordentliches Eingreifen des Prätors dem strengen Rechte zuwider von neuem in Funktion gesetzten actio gebraucht werden. Und endlich kann man wohl von einer a. utilis im technischen Sinne, nicht aber von einer a. utilis im Sinne einer wirksamen, erfolgreichen actio das Prädikat „*competit*" gebrauchen.

Hieraus aber folgt zweierlei:

1. dass die von Julian gemeinte actio nicht die bereits einmal angestellte a. institoria sein kann;

2. dass die a. utilis hier nicht eine wirksame actio, sondern eine a. utilis im technischen Sinne, im Gegensatz zur actio vulgaris bedeutet.

---

[41]) Litiskontestation und Urtheil § 69 c. (S. 580) vgl. mit § 57 das.
[42]) System VI S. 457 f.
[43]) A. a. O. S. 252 Anm. 9.

Es kann nun m. E. nicht bezweifelt werden, dass wir es hier mit einer a. utilis ad exemplum institoriae zu thun haben.

Das, wenn auch gewerbsmässig geübte, Aufnehmen von Darlehnen (etwa um durch anderweitiges Ausleihen der Gelder einen Zinsgewinn zu erzielen) wird, wie es scheint, von den Römern ursprünglich nicht als eine eigentliche *negotiatio* [44]) betrachtet, und darum der zum Betrieb derartiger Geschäfte Angestellte nicht als institor angesehen, die a. institoria aus seinen Geschäften nicht gegeben. Indessen wissen wir, dass in solchen Fällen eine a. utilis ad exemplum institoriae gewährt wurde.

Vgl. l. 19 pr. de inst. a. Papinian. l. III. responsorum [45]) und an keine andere als an diese, und aus diesem Grunde gegebene a. utilis werden wir bei l. 13 cit. zu denken haben.[46]) Diese a. utilis wird sich von der a. directa, die das Vorbild für sie abgab, nur dadurch unterschieden haben, dass in der Formel statt der praepositio über eine taberna instructa oder einen anderen den herrschenden Anschauungen gemäss unzweifelhaft unter den Begriff der negotiatio fallenden Geschäftsbetrieb, das *praepositum esse mutuis accipiendis pecuniis* erwähnt war. Und die Ansicht Julians erklärt sich dann auf folgende Weise:

Der Verleiher hatte in dem ersten Prozess eine Formel erhalten von dem Wortlaut:

---

[44]) Vgl. über „negotiatio" als Voraussetzung der a. institoria Baron, die adjektizischen Klagen S. 190. A. Pernice, Zeitschr. f. H.R. Bd. 25 S. 126. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. S. 71 Anm. 71.

[45]) Vgl. den Text oben S. 249 (35).

[46]) Dieser Fall einer a. utilis ad exemplum institoriae ist nicht mit derjenigen a. utilis zu verwechseln, welche, wie es scheint, erst nach dem Vorgange von Papinian im Falle eines einer Mittelsperson ertheilten Spezialmandats gegen den Mandanten gewährt wurde (vgl. über diese bes. Elsässer a. a. O. S. 63 ff. Mandry a. a. O. S. 581 f.) sei es eines Spezialmandats zur Aufnahme eines Darlehns oder zum Abschluss eines Kaufvertrages oder eines sonstigen Geschäftes. — Wenn die a. utilis in dieser Anwendung in der That auf Papinian zurückzuführen sein wird, so zwingt doch nichts, ihn auch als Urheber der bei praepositio mutuis accipiendis pecuniis gewährten anzusehen; und es steht nichts im Wege, sie auch schon als dem Julian bekannt vorauszusetzen, wie man ja in andern Fällen, in denen man einen praepositus unter den Begriff *institor* zu subsumieren Anstand nahm, unzweifelhaft auch schon vor Papinian eine a. quasi institoria ad exemplum institoriae, gewährt hat. (Vgl. l. 5 § 8 de. inst. a. (Labeo) l. 16 pr. eod. (Paulus).

Si paret Lucium Titium, qui a. No. No. merci oleariae praepositus erat, Ao. Ao. decem milia dare oportere ob eam rem cui praepositus erat etc.[46a])

Der von ihm unternommene Beweis, dass das entliehene Geld von dem institor für das Oelgeschäft bestimmt gewesen, misslang und er wurde abgewiesen. Nachdem er hinterher erfahren, dass der institor ausser der Vollmacht zur Verwaltung des Oelgeschäftes auch eine besondere Vollmacht zur Aufnahme von Geldern von seinem Herrn besessen habe, glaubt er mit einer von neuem angestellten und auf denselben Thatbestand gestellten a. institoria durchdringen zu können, weil ja mit dem Nachweis der letzteren Vollmacht, wenn man sie als eine Erweiterung der auf die merx olearia bezüglichen praepositio auffasste, der Zusammenhang zwischen dem Darlehn und dem Oelgeschäft erwiesen war. Die schon einmal gewährte actio konnte indess nicht von neuem gewährt werden; sie war konsumiert. Fasste man dagegen die auf Aufnahme von Geldern bezügliche Vollmacht, was sie wahrscheinlich auch war, als eine selbstständige von der das Oelgeschäft betreffenden unabhängige auf, dann konnte wegen des gewährten Darlehns eine von der früher formulierten ganz verschiedene und darum von der Litiskonsumtion nicht betroffene actio gewährt werden, mit der Formel:

Si paret Lucium Titium, qui a. No. No. mutuis accipiendis pecuniis praepositus erat etc.[47])

[46a]) Ich habe hier die Formel der Vereinfachung halber für einen freien institor konstruiert, während sie für einen Sklaveninstitor eigentlich fiktizisch gefasst sein müsste (vgl. Lenel Edikt, S. 206 ff.). War für den Fall eines Sklaveninstitor die actio stets eine utilis, aber wohl von den Juristen gewöhnlich als institoria schlechtweg bezeichnet, so war sie demnach bei einer auf Aufnahme von Darlehnen gerichteten praepositio, *utilis* in doppeltem Sinne.

[47]) In gleicher Weise müsste die Konsumtion auch unterbleiben, wenn der institor mit der Verwaltung zweier von einander getrennter Handelsgewerbe desselben Prinzipals betraut war. Z. B.: ein Kaufmann betreibt zwei verschiedene Geschäfte, ein Holzgeschäft und eine Möbelfabrik; beiden hat er denselben Maevius präponiert. Diesem hat jemand Hölzer verkauft, in der Meinung, sie seien für die Möbelfabrikation bestimmt. Er klagt mit der a. institoria, in deren Formel er den institor als der Möbelfabrik präponiert bezeichnen lässt. Misslingt ihm der Nachweis jener Bestimmung, so wird er sicherlich mit einer neuen a. institoria, in deren Formel auf die Vollmacht zum Betriebe des Holzgeschäftes Bezug genommen wird, in der also ein ganz anderes Fundament dem Anspruch zu Grunde gelegt ist, klagen können.

Der hier versuchte Beweis, dass allein der objektive Zusammenhang zwischen dem Geschäfte des institor und der ihm übertragenen Geschäftssphäre des Herrn zur Begründung der a. institoria genüge, würde an Ueberzeugungskraft noch gewinnen, wenn gezeigt werden könnte, dass diese Regelung der Dinge der Natur der Sache entspreche und für die hergebrachte Forderung des Kontrahierens im Namen des Herrn irgend ein innerer rechtspolitischer oder Gerechtigkeitsgrund nicht bestehe. Die Führung dieses Nachweises mag indess einer anderen Stelle aufbehalten bleiben.

Es liegt ferner auf der Hand, dass das Resultat der vorstehenden Ausführungen mit der üblichen und zuerst von Jhering[48]) mit besonderer Schärfe betonten Unterscheidung des direkten und indirekten Stellvertreters (Ersatzmannes) nicht im Einklang steht. Welche Berechtigung aber diesem Gegensatze in Wahrheit zukommt, diese für die gesammte Lehre von der Stellvertretung fundamentale Frage hoffe ich gleichfalls im Zusammenhange einer weiter ausgreifenden Untersuchung bei späterer Gelegenheit erörtern zu können.

[48]) Jahrb. f. Dogm. I S. 312 ff.

Inhalt.

